

CAPITOLO IV

LA NULLITÀ DEL PROVVEDIMENTO

QUALE QUESTIONE PREGIUDIZIALE NEL PROCESSO CIVILE.

LA SOLUZIONE DELLA QUESTIONE TRA COGNIZIONE

INCIDENTER TANTUM, ACCERTAMENTO CON EFFICACIA

DI GIUDICATO E SOSPENSIONE DEL PROCESSO EX ARTICOLO 295 C.P.C.

SOMMARIO: 1. Le modalità di ingresso della questione pregiudiziale di nullità provvedimento all'interno del processo. Il rilievo d'ufficio della nullità – 2. *Segue*. La nullità del provvedimento amministrativo quale “fatto impeditivo” – 3. Questione pregiudiziale di nullità provvedimento, applicabilità dell'articolo 34 c.p.c. e giudicato – 4. Questione di nullità provvedimento e sospensione del processo per pregiudizialità civile – 5. Processo civile e questione pregiudiziale di nullità di un provvedimento incidente su posizioni giuridiche tutelabili davanti al giudice amministrativo – 6. Questione di nullità provvedimento e sospensione del processo per pregiudizialità amministrativa – 7. Azione di nullità provvedimento e rilevanza d'ufficio di un vizio di nullità diverso da quello dedotto

1. Le modalità di ingresso della questione pregiudiziale di nullità provvedimento all'interno del processo. Il rilievo d'ufficio della nullità

Come premesso in fase introduttiva, occorre, adesso, tentare di delineare il modulo procedimentale applicabile allorché la questione di nullità di un provvedimento rivesta il ruolo di questione pregiudiziale; il che si verifica allorché gli effetti (o la mancanza di effetti) di tale provvedimento assumano rilevanza circa “l'esistenza o l'inesistenza, il contenuto o la misura”¹ della posizione giuridica soggettiva dedotta in un giudizio civile tra privati o tra un privato e la pubblica amministrazione.

È agevole sottolineare come, con riferimento ad una domanda di tutela di una posizione giuridica condizionata dagli effetti di un provvedimento, la soluzione della eventuale questione sorta intorno alla possibile sua nullità costituisca un necessario passaggio dell'*iter* che conduce alla statuizione sulla pretesa azionata in giudizio.

¹ Il virgolettato appartiene a MENCHINI S., *Accertamenti incidentali*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1995, 2.

Ed è, altresì, facile osservare come tale questione di nullità provvedimento, ovviamente idonea a dare origine ad un diverso ed autonomo giudizio, possa essere veicolata all'interno del processo civile attraverso una semplice eccezione, una domanda di parte, o il rilievo officioso del giudice.

Come si vedrà nel corso dell'indagine, al pari delle altre questioni pregiudiziali, anche sulla questione pregiudiziale di nullità provvedimento, il giudice civile potrà decidere, in caso di domanda di parte, *con efficacia di giudicato*, a condizione, però, giova sin da ora anticipare, che il provvedimento la cui validità è in discussione incida in via diretta su posizioni giuridiche assoggettate alla giurisdizione ordinaria e non a quella amministrativa, pena altrimenti lo stravolgimento dell'assetto di distribuzione delle competenze giurisdizionali.

Nessun dubbio, poi, circa la possibilità per il giudice ordinario di statuire, *senza efficacia di giudicato*, su detta questione pregiudiziale².

Se il giudice civile può, come previsto dall'articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, disapplicare, in via incidentale, provvedimenti comunque efficaci, a maggior ragione gli si deve, invero, riconoscere il potere di accertare, anche *incidenter tantum*, l'inefficacia giuridica di un atto nullo.

E questo potere residua quand'anche il provvedimento, incidendo in via diretta su posizioni giuridiche tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, potrebbe o avrebbe potuto essere impugnato per nullità, in via principale, davanti a quest'ultimo nel termine di decadenza di centottanta giorni indicato nell'articolo 31, comma 4, del codice del processo amministrativo³.

Si vuole, cioè, dire che tanto la diretta incidenza del provvedimento su situazioni sostanziali assoggettate alla giurisdizione amministrativa, quanto la scadenza del termine di decadenza per far valere, dinanzi al giudice amministrativo, la nullità in via principale, non impediscono al giudice ordinario di statuire *incidenter tantum*. Ammettere, anche in questi casi, la possibilità di una pronuncia *incidenter tantum* del giudice civile sulla questione di nullità non significa, infatti, né sovvertire l'assetto di distribuzione delle competenze giurisdizionali, né aggirare ed eludere il termine di decadenza

² Pur senza parlare di nullità dell'atto, riconosce il potere del giudice ordinario di accertare *incidenter tantum* l'inefficacia di un atto emanato in carenza di potere Corte cass., sez. lav., 29 maggio 1995, n. 6001, in Giust. civ. Mass., 1995, 1103; potere che, però, viene considerato estrinsecazione dell'articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (norma, questa, disciplinante l'istituto della disapplicazione).

³ *Contra*, ma con riferimento al potere di disapplicazione, da parte del giudice civile, di provvedimenti efficaci, Corte cass., sez. I, 9 novembre 1983, n. 6622, in Foro it., 1984, I, 1340.

previsto nell'ambito del processo amministrativo per l'esperimento dell'azione di nullità⁴, giacché diversi sono gli effetti che discendono da un accertamento *incidenter tantum* del vizio di nullità (accertamento che consente solo di ritenere inefficace, con effetti ricadenti esclusivamente sul processo civile in corso, l'atto pregiudizialmente rilevante, essendo tale accertamento inidoneo, in quanto *incidenter tantum*, sia ad eliminare, in via definitiva e relativamente all'intera sfera dei rapporti sostanziali intercorrenti tra le parti, l'apparenza del provvedimento, che a determinare in capo all'amministrazione un obbligo di rimozione dello stesso) rispetto a quelli derivanti da un accertamento della nullità vocato al giudicato (accertamento, questo sì, idoneo a cancellare in via definitiva tra le parti anche l'apparenza dell'atto impugnato)⁵.

⁴ CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, cit., 139, sottolinea che “la inoppugnabilità è una qualità estrinseca dell'atto in quanto attiene alla possibilità di ricorrere, ossia all'esercizio di una potestà il cui mancato esercizio non influisce sulla validità ed efficacia dell'atto”.

⁵ Sempre con riferimento al potere di disapplicazione, da parte del giudice civile, di provvedimenti efficaci non impugnati tempestivamente dinanzi al giudice amministrativo, cfr. GOTTI P., *Considerazioni su recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di sindacato giudiziario di legittimità sugli atti amministrativi*, cit., 212-213, il quale, tra l'altro, dopo aver sottolineato che nell'articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo “non si rinviene alcun limite alla potestà di disapplicazione”, osserva che: “...non l'annullamento dell'atto si chiede all'a.g.o., bensì la sola sua disapplicazione, e la si chiede in ragione del fatto che la decorrenza dei termini – come sembra più corretto opinare – non incide (non può incidere), alla stregua di quanto fa invece la cosa giudicata, sugli aspetti sostanziali dell'atto medesimo. L'illegittimità di quest'ultimo continua perciò ad essere giuridicamente rilevante sia per il cittadino decaduto dal ricorso sia per la p.a. sia, infine, per il giudice civile che, paradossalmente, dovrebbe altrimenti fondare su di un atto illegittimo la sua decisione” (pag. 213). In argomento, cfr. anche CASSARINO S., *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, cit., 876-877, secondo cui: “...escludendo gli atti inoppugnabili, l'ambito della disapplicazione si restringerebbe enormemente, dato che i giudizi ordinari si instaurano e si svolgono ben al di là dei ristrettissimi tempi di impugnativa degli atti amministrativi. Ne risulterebbe addirittura svuotato e vanificato l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso, la cui formulazione ancora una volta non autorizza interpretazioni limitative. Oltre tutto la disapplicazione può essere chiesta nel giudizio ordinario anche da soggetti che non avevano la disponibilità dell'impugnativa diretta, non essendo legittimati: sarebbe assai strano opporre ad essi un effetto preclusivo per comportamenti tenuti da altri. Né si potrebbe addurre una pretesa intangibilità dell'atto inoppugnabile, giacché... a differenza delle sentenze passate in giudicato, gli atti inoppugnabili si possono sempre annullare o revocare d'ufficio (e per motivi ben più ampi di quelli previsti per la revocazione delle sentenze)”; NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., 198, il quale evidenzia che “il meccanismo e la funzione della disapplicazione escludono che essa sia impedita dalla incontestabilità dell'atto amministrativo per decorrenza dei termini di impugnazione (inoppugnabilità)”. In giurisprudenza, per l'affermazione del potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo non più impugnabile dinanzi al giudice amministrativo per scadenza del termine, cfr. Corte cass., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390, in Foro amm. – Cons. Stato, 2007, 1373 (s.m.), in cui si afferma che “il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo ad opera del giudice ordinario non resta escluso per effetto della inoppugnabilità del suddetto atto dinanzi al giudice amministrativo, atteso che l'istituto processuale dell'inoppugnabilità concerne la tutela degli

Peraltro, effettuando un'incursione (l'ennesima) nell'ambito del processo amministrativo, è possibile notare come un amplissimo potere di accertamento *incidenter tantum* sia riconosciuto al giudice amministrativo dal legislatore [l'articolo 8, comma 1, del codice del processo amministrativo dispone, invero, che: "il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale" (comma 1); "restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso" (comma 2)]; il che, specularmente e per ragioni di euritmia sistematica, dovrebbe indurre a non accedere a letture che, in controtendenza con le (sia pur limitate) indicazioni legislative, restringano, nella materia *de qua*, i poteri di verifica *incidenter tantum* del giudice ordinario.

Ovviamente, però, va esclusa la possibilità di un accertamento *incidenter tantum*, da parte del giudice civile, della nullità di un provvedimento amministrativo allorché in un giudizio amministrativo si sia formato un giudicato, opponibile alle parti del processo civile, che abbia accertato la "non nullità" del medesimo provvedimento⁶.

Ritornando, adesso, ai canali di accesso nel processo della questione di nullità e concentrandoci, per il momento, solo sul possibile rilievo officioso da parte del giudice, va osservato come nel sistema manchi una norma che espressamente attribuisca o neghi al giudice civile il potere di sollevare *ex officio* una questione di nullità del provvedimento amministrativo, riferendosi, invero, il nuovo articolo 31 del codice del processo amministrativo (norma che, come visto, ammette la possibilità di un rilievo officioso) esclusivamente al giudice amministrativo⁷.

interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi". Dello stesso avviso, anche, Corte cass., sez. II, 26 maggio 2006, n. 12646, in Foro amm. – Cons. Stato, 2006, 2471 (s.m.).

⁶ Con riferimento alla materia della disapplicazione, *ex* articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, dei provvedimenti illegittimi, *cf.*, in giurisprudenza, Corte cass., sez. I, 3 agosto 1990, n. 7806, che nega "il potere di disapplicazione, da parte del giudice ordinario, di un provvedimento amministrativo quando la dedotta illegittimità di esso sia stata esclusa dal giudice amministrativo con decisione passata in giudicato ed emessa nel contraddittorio della parte che se ne afferma danneggiata". Nello stesso senso, sostanzialmente, anche Corte cass., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390, *cit.*

⁷ Per una recente ed interessante ipotesi di rilievo officioso di una nullità provvedimentoale nell'ambito del processo amministrativo, *cf.* T.A.R. Lazio-Roma, sez. II bis, 15 marzo 2012, n. 2550, *cit.*. Questo il caso: Tizio impugnava le operazioni elettorali e la proclamazione degli eletti (sindaco e consiglieri comunali) relative ad elezioni comunali, deducendo, tra i motivi, anche l'illegittimità della costituzione di una sezione elettorale; illegittimità determinata dalla mancanza dell'atto di nomina del soggetto che aveva esercitato le funzioni di presidente. Nel corso del giudizio, il sindaco del comune adottava un provvedimento di convalida/ratifica del predetto atto di nomina. Provvedimento di convalida/ratifica che, una volta accertata l'inesi-

La circostanza, certamente significativa in quanto pone in evidenza, ancora una volta, la scarsa attenzione del legislatore per la materia *de qua*, non osta, però, al riconoscimento del potere, anche in capo al giudice ordinario, di sollevare, in assenza di istanza di parte, una questione di nullità provvedimentoale pregiudiziale ai fini dell'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza, del contenuto o della misura della posizione giuridica soggettiva azionata.

Ed invero, a tale conclusione può, a mio avviso, pervenirsi sulla base di plurimi approcci ermeneutici che possono riassumersi nei termini che seguono⁸.

In primo luogo, va sottolineato come il rilievo officioso del vizio di nullità non si ponga in contrasto con il principio dispositivo e con quello della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, tenuto anche conto che, come si vedrà, tale rilievo potrà sfociare in un accertamento idoneo al giudicato solo in presenza di una istanza di parte (e solo se l'atto oggetto di rilievo incida, in via diretta, su posizioni giuridiche tutelabili davanti al giudice ordinario: presupposto, quest'ultimo, che non attiene ai menzionati principi, ma al rispetto dell'assetto di distribuzione delle competenze giurisdizionali).

Ed inoltre, se il giudice civile può, ai fini della disapplicazione provvedimentoale di cui all'articolo 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, rilevare anche d'ufficio, come più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, i vizi di illegittimità di un atto comunque efficace⁹, a maggior ragione dovrebbe poter accertare l'inefficacia giuridica di un atto nullo¹⁰.

stenza in atti di un documento attestante l'avvenuta nomina, veniva d'ufficio dichiarato nullo (in quanto "la questione della nullità incide su un presupposto rilevante ai fini della decisione sulla domanda principale di annullamento delle operazioni elettorali") per mancanza dell'atto da convalidare, vale a dire per mancanza dell'oggetto.

⁸ Ragioni evidenziate anche in ZINGALES I., *Opposizione ad ordinanza-ingiunzione*, cit., 187 ss..

⁹ Cfr., tra altre, Corte cass., sez. un., 12 gennaio 1993, n. 270, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 102, con nota di PROTTO M.. Osserva il collegio: "il giudice di merito, chiamato a conoscere degli effetti di un atto amministrativo..., che si assume non conforme a legge, deve, ai fini della sua disapplicazione (che la legge n. 2248 all. E, del 1865, abolitiva del contenzioso amministrativo, consente di dichiarare con effetti limitati al giudizio in corso), accertare anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, i presupposti di validità dell'atto stesso". In dottrina, tra altri, cfr. NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, cit., 198.

¹⁰ Cfr. Corte cass., sez. I, 26 giugno 2008, n. 17491, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 150, secondo cui: «...è noto che in conseguenza della L. n. 2248 del 1865, all. e, artt. 4 e 5, abolitiva del contenzioso amministrativo, il giudice ordinario, in ogni caso in cui il diritto fatto valere in giudizio trovi la sua fonte, diretta o indiretta, in un provvedimento amministrativo, ha l'obbligo di verificarne, "incidenter tantum", la sussistenza degli elementi essenziali il cui concorso è necessario per l'esistenza giuridica dell'atto stesso, indagando circa l'esistenza del potere, di cui l'atto è emanazione, nonché delle condizioni e dei presupposti necessari all'esercizio stesso del potere; e di pronunciare la disapplicazione dell'atto stesso, ove ne accerti l'illegittimità. Costituisce regola altrettanto pacifica che tale accertamento debba essere compiuto di ufficio in ogni stato e grado del processo (Cass. sez. un. 270/1993): indipendentemente, dunque, dalle prospettazioni, dalle richieste nonché da ammissioni al riguardo delle parti, le cui deduzioni sul

Si consideri, poi, che, come già accennato, un potere di rilievo d'ufficio dei vizi di nullità provvedimentale è oggi espressamente attribuito al giudice amministrativo dall'articolo 31, comma 4, del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. E sebbene tale norma non sia applicabile al processo civile¹¹, è innegabile che non ammettere, in via interpretativa, un analogo potere per il giudice ordinario determinerebbe una ingiustificabile ed irragionevole disarmonia del sistema.

In più, se il sistema (articolo 1421 c.c.) consente al giudice ordinario di rilevare d'ufficio la nullità del contratto in campi caratterizzati dalla autonomia delle parti, quali ragioni potrebbero impedire l'estrinsecazione di un simile potere con riferimento al provvedimento amministrativo e, dunque, in campi in cui la presenza di interessi pubblici dovrebbe rendere ancor più forte l'esigenza di una verifica officiosa della conformità dell'atto al paradigma normativo?

E la conclusione secondo cui il giudice civile può, anche d'ufficio, rilevare, in via pregiudiziale, i vizi di nullità provvedimentale, a mio avviso, vale:

a) nel caso (con riferimento al quale può pacificamente ed agevolmente escludersi ogni ipotesi di contrasto con il principio dispositivo ed il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato consacrati negli articoli 99 e 112 c.p.c.) in cui il rilievo d'ufficio del vizio di nullità del provvedimento, conducendo al rigetto della domanda proposta dall'attore nei confronti di un privato o di una pubblica amministrazione, risulti sfavorevole alla parte che ha agito in giudizio. Ad esempio, si pensi: 1) ad una azione civile di riduzione in pristino (in base al combinato disposto degli articoli 872, comma 2, e 873 del codice civile) di una costruzione per violazione di una norma sulle distanze

punto si esauriscono nell'espressione di semplici "punti di vista", senza assurgere al rango di eccezioni in senso proprio. A questi principi si è puntualmente attenuta la Corte di appello, la quale... ha rilevato che l'atto rientrava nella categoria di quelli privi di alcuno dei suoi elementi essenziali *ex lege* a costituirlo (soggetto, oggetto, forma ed aspetto funzionale): da qualificarsi perciò secondo la dottrina e la giurisprudenza radicalmente nulli o del tutto inesistenti, avendo la sola parvenza di atti amministrativi, inidonei a produrre "ex se" effetti di alcun genere». La pronunzia della Corte va segnalata perché riconosce il potere del giudice di rilevare d'ufficio i vizi di nullità del provvedimento amministrativo. Discutibile appare, però, il riferimento, contenuto nella sentenza, a fenomeni di disapplicazione di atti nulli e, dunque, già inefficaci di diritto; fenomeni, come già detto, alquanto curiosi se si considera che la disapplicazione – che consente, ai fini della decisione di una controversia, di ritenere *tamquam non essent* gli effetti di un provvedimento – può avere senso se destinata ad operare nei confronti di provvedimenti idonei ad esplicare effetti; apparendo, invece, obiettivamente difficile accettare l'idea di una disapplicazione che investa, rendendoli *tamquam non essent*, provvedimenti che, in quanto nulli, dal punto di vista della produzione degli effetti, sono già *tamquam non essent*.

¹¹ Come già sottolineato, il decreto legislativo n. 104/2010 è stato, invero, emanato in attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69; norma, quest'ultima, contenente una delega al Governo per il solo riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali ed al Consiglio di Stato.

contenuta in un regolamento edilizio comunale; regolamento ritenuto nullo dal giudice adito; 2) all'ipotesi in cui la parte attrice agisca dinanzi al giudice civile chiedendo la condanna dell'ente alla materiale erogazione di un contributo ad essa già assegnato con apposito provvedimento (non annullato né revocato in autotutela)¹² ed il giudice rilevi la nullità di quest'ultimo; 3) al caso

¹² La fattispecie sembra rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario, a meno che non si ritenga che sia sussumibile nella materia delle concessioni di beni pubblici, e per tale ragione assoggettata ex articolo 133, comma 1, lettera b), del codice del processo amministrativo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (tale norma stabilisce che: “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ... b) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche”). In dottrina, antecedentemente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, per una analisi della tematica ed una panoramica delle diverse posizioni giurisprudenziali, cfr. GAROFOLI R., *Giurisdizione in materia di concessione di beni pubblici*, in CARINGELLA F. – DE NICTOLIS R. – GAROFOLI R. – POLI V., *Il riparto di giurisdizione*, II, Milano, 2005, 1102 ss.. Per l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, cfr. Corte cass., sez. un., 9 settembre 2008, n. 22651, in *Giust. civ.*, 2009, 365, ed in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 149 [secondo cui: “In tema d'interventi pubblici in favore di privati – quali finanziamenti, o sovvenzioni, o...cessioni a condizioni di favore di aree espropriate – la situazione giuridica del privato che abbia fatto richiesta del beneficio può assumere configurazioni diverse, giusta le ripetute pronunzie in materia di questa Corte a SS.UU., a seconda della normativa applicabile nel caso concreto, della fase cui l'iter procedimentale sia pervenuto, della natura dei fatti sopravvenuti idonei ad influire sui pregressi atti del procedimento e sugli effetti di essi, e tali diversità influiscono sul riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo relativamente alle controversie introdotte dal privato per il conseguimento di quanto richiesto o dalla P.A. per il recupero di quanto già concesso. Nella fase procedimentale intesa alla valutazione dell'istanza d'ammissione al beneficio, occorre distinguere le ipotesi nelle quali il contributo o la sovvenzione siano riconosciuti direttamente dalla normativa applicabile, onde alla P.A. è demandato esclusivamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza dei presupposti specificamente indicati dal legislatore, di tal che non le è attribuito al riguardo potere discrezionale alcuno, da quelle nelle quali la legge attribuisce, per contro, alla P.A. il potere di riconoscere o meno il beneficio, in funzione d'una valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse pubblico primario, apprezzando discrezionalmente l'an, il *quid* ed il *quomodo* della sua erogazione: nell'un caso, il privato è titolare d'un diritto soggettivo al conseguimento del beneficio e tale situazione può far valere innanzi al giudice ordinario (Cass. SS.UU. 10.7.06 n. 15618, 28.10.05 n. 21000, 19.2.04 n. 3342, 22.7.02 n. 10689, 2.3.99 n. 108, 22.10.97 n. 10373; Cons. St. Sz. 4^ 31.3.05 n. 1442, 14.5.04 n. 3040); nel secondo, è titolare d'un interesse legittimo e tale situazione può far valere innanzi al giudice amministrativo (Cass. SS.UU. 25.7.06 n. 16896, 19.2.04 n. 3342 cit., 22.7.02 n. 10689 cit., 28.12.94 n. 11226; Cons. St. decisioni sopra cit.). Nella fase procedimentale successiva all'adozione da parte della P.A. del provvedimento d'ammissione al beneficio ed attinente all'esecuzione del rapporto, il privato è titolare d'un diritto soggettivo al concreto conseguimento del bene o della somma riconosciutigli, onde, per far valere l'inadempimento dell'Ente tenuto alla consegna o all'erogazione, può adire il giudice ordinario, il quale è, peraltro, competente anche a conoscere dell'eventuale eccezione *inadimplenti non est adimplendum* che la P.A. dovesse sollevare ex art. 1460 c.c., come pure dell'azione di risoluzione e risarcitoria che per lo stesso motivo quest'ultima intendesse intraprendere (Cass. SS.UU. 9.1.07 n. 117, 30.3.05 n. 6639, 12.11.99 n. 758, 22.5.95 n. 5604); ove, tuttavia, la mancata erogazione del beneficio da parte della P.A., o la pretesa della stessa di ripetere quanto già erogato, costituiscano l'espressione, nell'ambito d'un'attività intesa a garantire il perseguimento del pubblico interesse cui era preordinata l'erogazione del beneficio, dell'esercizio del generale potere d'autotutela riconosciuto dall'ordinamento alla stessa P.A., la

in cui un libero professionista agisca nei confronti di un ente per il pagamento del compenso derivante dallo svolgimento, in favore di quest'ultimo, di attività professionale ed il giudice rilevi la nullità della delibera di conferimento dell'incarico¹³⁻¹⁴;

b) nell'ipotesi in cui il rilievo d'ufficio del vizio di nullità del provvedimento conduca all'accoglimento della domanda. Lo schema è sostanzialmente questo: un privato, a tutela di un proprio diritto soggettivo, agisce civilmente nei confronti di un soggetto (pubblico o privato) affermando l'illiceità di un comportamento di quest'ultimo; il convenuto si difende allegando un provvedimento amministrativo che lo autorizza a tenere quel determinato comportamento; il giudice accerta d'ufficio la nullità di tale provvedimento ed accoglie la domanda attorea. In via esemplificativa, si può pensare alle seguenti fattispecie: 1) l'attore esperisce una azione civile di riduzione in pristino di una costruzione per violazione delle norme sulle distanze contenute in un regolamento edilizio comunale; il convenuto si difende allegando un diverso provvedimento amministrativo (il c.d. "permesso di costruire" ex articolo 10 e seg. D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) che lo autorizza a costruire in deroga al regolamento edilizio comunale; tale provvedimento autorizzatorio viene ritenuto nullo dal giudice; 2) l'attore agisce dinanzi al giudice civile chiedendo la condanna di un ente alla materiale erogazione di un contributo ad esso già assegnato con apposito provvedimento¹⁵; l'amministrazione si difende allegando un atto di revoca del predetto contributo; il giudice rileva la nullità di tale revoca.

c) nel caso, infine, in cui il rilievo d'ufficio del vizio di nullità, pur conducendo formalmente ad una pronuncia di rigetto della iniziale domanda proposta,

quale abbia accertato *ex post* vizi di legittimità del provvedimento d'ammissione al beneficio oppure l'originaria o sopravvenuta inopportunità dello stesso per contrasto con il pubblico interesse, consequenzialmente adottando un provvedimento d'annullamento o di revoca della precedente determinazione, la situazione del privato è d'interesse legittimo e la competenza giurisdizionale a conoscere delle conseguenti controversie appartiene al giudice amministrativo, vertendosi in ipotesi d'esercizio d'attività autoritativa da parte della P.A. a fronte della quale il diritto soggettivo, acquisito dal privato con l'ammissione al beneficio, rimane degradato ad interesse legittimo (Cass. SS.UU. 24.7.07 n. 16297, 22.6.07 n. 14572, 30.3.05 n. 6639 cit., 21.5.02 n. 7446, 22.10.97 n. 10373)]; T.A.R. Toscana-Firenze, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 80, in Foro amm.-T.A.R., 2010, 117.

¹³ Per una fattispecie concreta sostanzialmente analoga, cfr. Corte cass., sez. I, 28 dicembre 2010, n. 26202, in Foro it., 2011, I, 2433, con osservazioni di ARAGONA F.

¹⁴ La natura di atto amministrativo della deliberazione con cui l'amministrazione decide di concludere e stipulare con un libero professionista un contratto di prestazione d'opera intellettuale è riconosciuta da T.A.R. Sicilia-Catania, 6 luglio 1983, n. 554. Di diverso avviso, se non mi inganno, Corte cass., sez. un., 19 ottobre 1998, n. 10370, in Giust. civ. Mass., 1998, 2123, secondo cui: "l'atto di affidamento dell'incarico costituisce espressione non di una potestà amministrativa ma di autonomia privata".

¹⁵ Fattispecie, questa, giova ripetere, utilizzabile in questa sede solo sul presupposto della sua non riconducibilità a quelle categorie di controversie in materia di concessioni di beni pubblici devolute ex articolo 133, comma 1, lettera b), del codice del processo amministrativo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

possa, attraverso l'attivazione, ove possibile, del meccanismo inescapabile tramite l'istanza di accertamento con efficacia di giudicato¹⁶, giovare alla parte attrice, sotto un profilo, però, diverso da quello originariamente dedotto in giudizio¹⁷. Si prenda in considerazione, con riferimento a quest'ultima ipotesi,

¹⁶ Sul punto, si veda il terzo paragrafo di questo capitolo.

¹⁷ Ovviamente, il tema evoca la problematica attinente ai limiti del rilievo d'ufficio della nullità contrattuale alla luce dei principi consacrati negli articoli 99 e 112 c.p.c.. Come è noto, secondo un orientamento giurisprudenziale, "il principio della rilevanza d'ufficio della nullità dell'atto va necessariamente coordinato con il principio dispositivo e con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e trova applicazione soltanto quando la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea (ad esempio: di esecuzione di un atto nullo), non anche quando sia invece la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, dovendo in tal caso la pronuncia del giudice essere circoscritta alle ragioni di illegittimità denunciate dall'interessato, senza potersi fondare su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati, giacché in tal caso l'invalidità dell'atto si pone come elemento costitutivo della domanda attorea" (così, tra tante, Corte cass., sez. lav., 26 giugno 2009, n. 15093, in Giust. civ. Mass., 2009, 993). Una posizione nettamente diversa assume, invece, altra parte della giurisprudenza secondo cui: «...non può non condividersi che, oltre alla domanda di adempimento o di esecuzione, anche le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto e costituiscono mezzo giuridico per eliminarne, in taluni casi, gli effetti. Anche le domande di risoluzione e di annullamento implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento. Ciascuna delle domande di adempimento, di risoluzione o di annullamento, pertanto, vengono avanzate con la premessa immancabile, ancorché implicita: "poiché non sussistono ragioni di nullità del contratto, propongo domanda di adempimento, di risoluzione, di annullamento...". Se la nullità sussistesse, nessun diritto o potestà potrebbe derivare dal rapporto dedotto in controversia, poiché lo stesso rapporto non sarebbe sorto. La validità del contratto, di conseguenza, si pone come pregiudiziale sia delle domande di adempimento o di esecuzione, sia di quella di annullamento il cui potere, o inesistenza di potere, in quanto abbia fonte in un contratto valido, inerisce alla stessa domanda di annullamento proposta, non diversamente da quella di adempimento. Conseguentemente, poiché l'art. 1421 c.c. richiede che d'ufficio la nullità del contratto, in quanto sussistente, venga "rilevata" (in via incidentale), e poiché, come indicato, la validità o nullità del contratto costituisce il presupposto anche della domanda di risoluzione alla quale inerisce, ne deriva che il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità del contratto, di cui sia stato chiesto la risoluzione, attiene alla domanda di risoluzione stessa, ed il relativo rilievo non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c. in relazione al limite che la domanda di parte pone ai poteri di pronuncia del giudice. Collocando la nullità nell'ambito della domanda, la posizione diretta a riconoscere che la nullità del contratto debba essere rilevata d'ufficio anche nelle cause di risoluzione o impugnativa contrattuale è difficilmente contrastabile. Quindi la questione di validità del negozio è implicata allo stesso modo tanto nella domanda di risoluzione quanto in quella di adempimento (o di esecuzione), in quanto sono risposte alternative che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento. Anche la prima di tali domande, infatti, essendo fondata sull'affermazione che un determinato "obbligo è stato inadempito e che non ricorrono circostanze di esclusione della responsabilità" implica necessariamente che un obbligo sia sorto in conseguenza del negozio, e ciò a sua volta presuppone necessariamente l'allegazione di validità del negozio stesso. Anch'essa è dunque domanda di applicazione, poiché la parte postula che il negozio sia valido e abbia spiegato i propri effetti. La domanda di risoluzione si poggia con identico grado di coerenza logica e giuridica sulla validità del negozio: da questo promana il rapporto, se ne chiedi la risoluzione o si esiga l'adempimento della prestazione in esso dedotta. D'altra parte, se il contratto è nullo, non vi

la fattispecie che si configura allorquando, proposta, dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, una domanda di *annullamento* di un provvedimento (nei casi, ovviamente, ammessi dalla legge: si pensi, ad esempio, ai ricorsi, ex articolo 22 della legge 24 novembre 1981, n. 689, avverso sanzioni amministrative pecuniarie), il giudice civile la rigetti a seguito del rilievo officioso di un vizio

sono effetti da eliminare, né è pensabile che si possa risolvere un contratto per inadempimento e magari ottenere anche la condanna al risarcimento laddove per la nullità del contratto non vi era alcun obbligo da adempiere. Considerazioni analoghe vanno formulate con riguardo alla rescissione o all'annullamento: anche in questo caso l'azione trova il suo presupposto nella validità del contratto. Ritenere il contrario determinerebbe del resto conseguenze assurde, quali l'accoglimento di un'offerta di riduzione ad equità del contratto nullo, volta a paralizzare la domanda della controparte» (così, tra altre, Corte cass., sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, in Corr. giur., 2005, 957. Cfr., anche, Corte cass., sez. I, 2 aprile 1997, n. 2858). Con riferimento alle azioni di risoluzione contrattuale, si veda, da ultimo, Corte cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in www.Judicium.it, con nota di FARINA M., *Brevi osservazioni "a caldo" sull'atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle sezioni unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto (Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, est. D'Ascola)*. Questi i passaggi salienti di tale recente pronuncia ed il relativo principio di diritto formulato: "Muovendo dal rilievo... che l'azione di risoluzione per inadempimento è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, va detto che la nullità del contratto è un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione. Il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerge la nullità dai fatti allegati e provati e comunque *ex actis*, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo e ciò non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra. Soltanto fa emergere una eccezione rilevabile d'ufficio, che può condurre a variabili sviluppi processuali, ma con cui viene qualificata una ineliminabile realtà del rapporto controverso, senza squilibrare i rapporti tra le parti, né introdurre una materia del contendere che non faccia già parte dell'oggetto del giudizio. In quel giudizio, che mira a riconoscere vigore al contratto, viene eccepito, anche d'ufficio, come d'obbligo, un impedimento costituito da un motivo di nullità, con la conseguenza... del rigetto della domanda di risoluzione per una ragione che impedisce di accertare quale delle due parti sia inadempiente. Opera così l'inegabile *funzione oppositiva* del potere-dovere di cui all'art. 1421, sicuramente individuata dall'orientamento restrittivo, ma da esso non ben coniugata con la regola di cui all'art. 112 c.p.c., giacché la decisione, in questi limiti, resta sicuramente nell'ambito del *petitum*"; "Il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda...". Sulla problematica, in dottrina, cfr., per tutti, CONSOLO C., *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" il giudicato)*, nota a Corte cass., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356, in Corr. giur., 2006, 1424 ss.; ORIANI R., *Eccezione*, in Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile, VII, Utet, 1991, 276 ss. e 288; MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, nota a Corte cass., sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, in Corr. giur., 2005, 962 ss.; CAVALLINI C., *Il rilievo d'ufficio della nullità del contratto: problemi e prospettive*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, 133 ss.; D'AURIA M., *Nullità e potere del giudice ex art. 1421 c.c.: profili problematici*, nota a Trib. Termini Imerese, 24 ottobre 2005, in Giur. it., 2007, 363 ss.; GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 320 ss.; CORSINI F., *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in Riv. dir. civ., 2004, II, 667 ss..

di nullità dello stesso¹⁸⁻¹⁹. Anche in questo caso, invero, la questione di nullità

¹⁸ Questa soluzione contrasta, però, con quanto affermato dalla Corte di cassazione proprio con riferimento alla materia delle opposizioni a sanzioni amministrative. In tale ambito, invero, ad avviso della Corte di cassazione, il giudice civile, salve le ipotesi di inesistenza, non ha né il potere di rilevare d'ufficio vizi di nullità di tale provvedimento opposto, né la possibilità di rilevare d'ufficio ragioni di nullità diverse da quelle eventualmente dedotte dall'opponente [Cfr. Corte cass., sez. I, 2 novembre 1998, n. 10935, cit. (emessa in sede di impugnazione avverso la sentenza 9 gennaio 1995, n. 93, con cui il Pretore di Viterbo, sezione distaccata di Montefiascone, aveva dichiarato nulla una ordinanza-ingiunzione del Prefetto di Viterbo, rilevando d'ufficio un vizio di nullità non dedotto in alcun modo dall'opponente). Cfr., anche, Corte cass., sez. I, 16 aprile 2003, n. 6013, in Giust. civ. Mass., 2003, 824, secondo cui: "...bisogna verificare se, nello specifico modulo procedimentale introdotto dagli artt. 22 e segg. della legge n. 689 del 1981, sia possibile integrare nel corso del giudizio, a mezzo di memorie suppletive, i motivi originariamente svolti nel ricorso introduttivo, a sostegno della domanda di annullamento dell'atto amministrativo. La risposta è sicuramente negativa, se si tiene conto della peculiarità del processo del quale si sta trattando. Esso rappresenta una delle rare eccezioni al principio cardine introdotto dagli artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E ("Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative...Le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi"), consentendo al giudice ordinario di procedere, in caso di accoglimento dell'opposizione, all'annullamento dell'atto amministrativo (l'ordinanza-ingiunzione) ritenuto illegittimo, alla sua sospensione o anche alla modificazione dell'entità della sanzione. Deroga, del resto, ricollegabile al terzo comma dell'art. 113 Cost. (in virtù del quale "la legge determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti dell'amministrazione pubblica nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa") e che concede al giudice civile il potere di incidere direttamente sul provvedimento amministrativo (e non solo di procedere alla sua eventuale disapplicazione); esaminando tutti gli aspetti del rapporto, anche non di diritto soggettivo (ipotesi di cd. giurisdizione piena del giudice ordinario). Tale caratteristica fa sì che il procedimento in questione assume tutti gli elementi che sono propri del procedimento giurisdizionale amministrativo (almeno nella scelta originaria compiuta all'epoca dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato) ed, in particolare, la natura impugnatoria su ricorso... In questo schema, l'atto amministrativo (non il rapporto) è posto al centro della contesa, in quanto determina sia l'oggetto del processo, nel quale si verifica la legittimità dell'atto impugnato in relazione ai motivi di doglianza fatti valere dal ricorrente, sia i poteri cognitori ed istruttori del giudice, sia i poteri decisionali. Siffatto paradigma processuale presuppone, dunque, che tutte le ragioni che il ricorrente pone a base dell'istanza demolitoria dell'atto (*causae petendi*) siano racchiuse nel ricorso introduttivo, senza possibilità non solo di inoltrare un ricorso meramente interruttivo (ossia contenente il mero *petitum* ma non la *causa petendi*), ma anche di integrare in corso di causa i motivi originariamente adottati, l'amministrazione, dal canto suo, non può dedurre motivi o circostanze a sostegno della pretesa sanzionatoria, diverse da quelle enunciate con l'ingiunzione; il giudice, infine, non ha il potere (salve le ipotesi di inesistenza) di rilevare d'ufficio ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che l'ha preceduto, nemmeno sotto il profilo della disapplicazione del provvedimento stesso (per alcuni di questi concetti, cfr. Cass. 12 agosto 2000, n. 10796; 15 novembre 2001, n. 14238). Ne consegue che è inammissibile la memoria (o altro genere di atto comunque denominato) con la quale il ricorrente deduca motivi di annullamento ulteriori rispetto a quelli dedotti nel ricorso in opposizione, o con la quale per la prima volta deduca motivi del quale era del tutto privo il ricorso stesso: sicché, non incorre nella violazione dell'obbligo di motivazione il giudice che, nel redigere le ragioni poste a base della decisione, non tenga conto della memoria stessa"]

¹⁹ È, però, chiaro che un accertamento con efficacia di giudicato di un vizio di nullità rilevato d'ufficio all'interno di un giudizio originato dalla proposizione di una domanda di annullamen-

si pone come pregiudiziale rispetto alla domanda proposta, tenuto conto che la domanda di annullamento di un provvedimento presuppone necessariamente l'efficacia e, dunque, la "non nullità" dello stesso²⁰. D'altro canto, se è vero che la questione di nullità avrebbe potuto essere dedotta in via principale dalla stessa parte che ha, invece, proposto la domanda di annullamento, non è meno vero che, anche in questo caso, il rilievo officioso della nullità non determina *ex se* la "sostituzione" dell'azione esperita dall'attore, ma, come si vedrà, conduce, in assenza di istanza di accertamento con efficacia di giudicato, al "semplice" rigetto della originaria domanda²¹.

to si può configurare solo a condizione che non sussista (il che, come detto nel paragrafo n. 4 del capitolo precedente, costituisce, relativamente alla giurisdizione civile, la regola generale) o, qualora sussista, che non sia decorso un eventuale termine prescrizione o decadenziale di esperimento dell'azione di nullità provvedimentoale. Detta situazione sarà, così, più difficilmente configurabile nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto che, come sottolineato, l'art. 31, comma 4, del codice del processo amministrativo ancora l'utile esperimento dell'azione di nullità provvedimentoale (e, dunque, condiziona la possibilità di ottenere un accertamento con efficacia di giudicato del vizio di nullità) al rispetto del termine decadenziale di centottanta giorni. Sull'onere, in capo alle parti di un processo amministrativo che vogliano veicolare all'interno di un giudizio di annullamento una domanda di nullità attraverso lo strumento dei motivi aggiunti, di rispettare tale termine decadenziale, cfr. SASSANI B., *Riflessioni*, cit., 11, il quale – dopo aver ricordato che «l'art. 43 c. 1. c.p.a. prevede che tanto il ricorrente principale quanto quello incidentale possano "introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte"» e che «ai motivi aggiunti si applica "la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini"» – sottolinea che «esercitata nel termine di sessanta giorni la domanda di annullamento, i ricorrenti possono... proporre domanda di nullità in via aggiuntiva, nel rispetto del termine di centottanta giorni prescritto dall'art. 31 c. 4 c.p.a.».

²⁰ Come anche riconosciuto in materia contrattuale da Corte cass., sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, cit., e da Corte cass., sez. I, 2 aprile 1997, n. 2858, cit..

²¹ AMADEO R., *sub articolo 112*, cit., 1042, sottolinea che, anche relativamente al processo amministrativo, "l'accertamento incontrovertibile riguarda... solo la questione principale oggetto della pronuncia (arg. *ex art.* 34 c.p.c., 28 t.u. Cons. Stato e 8 L.Tar), oggetto determinato nell'ambito del *petitum* e della *causa petendi* formulati dal ricorrente", e che, di conseguenza, "restano... escluse le questioni pregiudiziali decise con efficacia limitata al processo e, quindi, senza efficacia di giudicato". Pur limitandosi l'art. 31, comma 4, del codice del processo amministrativo a prevedere esplicitamente la rilevanza d'ufficio dei vizi di nullità provvedimentoale e non anche la possibilità di statuire sugli stessi con efficacia di giudicato in assenza di istanza di parte, una lettura diversa da quella offerta nel testo è fornita in giurisprudenza, con specifico riferimento però al processo amministrativo, da T.A.R. Sicilia-Palermo, 19 dicembre 2011, n. 2406, in Foro amm.-T.A.R., 2011, 4152. Questo il caso oggetto della pronuncia: la ditta Alfa, esclusa da una gara di appalto, impugnava il bando di gara, il provvedimento di esclusione, quello di aggiudicazione, e gli altri atti della procedura adottati, deducendo vizi di annullabilità. Il T.A.R., rilevati d'ufficio alcuni profili di nullità del bando, accertava "la nullità degli atti di gara... con i connessi obblighi restitutori dell'Amministrazione che da tale nullità discendono" e sottolineava, altresì, che "il ricorso, in assenza della predetta nullità del bando, sarebbe stato rigettato", in tal modo pronunziandosi (così come è dato comprendere alla luce delle menzionate espressioni contenute in motivazione), pur in mancanza di una istanza di parte, con una statuizione idonea al passaggio in giudicato. La sentenza veniva impugnata (oltre che per ragioni merito, anche per violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, per ultrapetizione, per erronea applicazione dell'articolo 31, comma 4, del codice del processo am-