



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO, ECONOMIA E CULTURE

Nuova serie

Gianluca Cavalieri

LA NULLITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE E PREMESSE METODOLOGICHE

Il lavoro che segue richiede una breve introduzione circa i criteri che hanno presieduto le principali scelte espositive effettuate e lo scopo di fondo che ha animato la ricerca, affinché risultino più chiare sia la linea argomentativa seguita sia le conclusioni alle quali si perviene.

L'interesse per uno studio sulla nullità nel diritto amministrativo è stimolato da diversi fattori.

La nullità è uno dei terreni più complessi su cui si misurano le ricostruzioni dogmatiche dei sistemi giuridici, sia perché i confini della nullità insistono su quelli che delimitano il mondo giuridico – distinguendo ciò che è giuridico da ciò che non lo è –, sia in quanto la nullità è un'evidente anomalia del sistema, rappresentando la negazione logica della regola fondamentale che governa la dinamica della produzione giuridica, secondo cui ad ogni atto è associata la produzione di effetti.

Nel diritto amministrativo il problema della nullità si pone in termini peculiari che riflettono le particolarità del diritto pubblico, tradizionalmente ostile ad ammettere la nullità – vuoi per la difficoltà di superare alcuni dogmi ormai anacronistici, vuoi per ragioni di ordine pratico – e spesso più propenso a ricercare un rifugio rassicurante nell'annullabilità.

Le incertezze che hanno storicamente caratterizzato il concetto di nullità, e in particolare la nullità nel diritto amministrativo, sono state solo in parte superate con la codificazione operata della legge 11 febbraio 2005, n. 15 e con l'avvento del Codice del processo amministrativo, che all'art. 31, comma 4, ha disciplinato la relativa azione.

Tale disciplina, sostanziale e processuale – e, di riflesso, l'interpretazione che ne è stata fornita da parte della giurisprudenza – risente ancora dei pregiudizi e delle confusioni che sin dall'inizio del Novecento hanno caratterizzato la figura della nullità dell'atto amministrativo.

In particolare, nella seconda metà dello scorso secolo, il noto dibattito che ha caratterizzato la questione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo ha attratto a sé ed assorbito ogni riflessione sulla categoria della nullità di diritto amministrativo, finendo per condizionarne profondamente gli esiti sul piano metodologico e dei contenuti.

L'atto nullo – o, più precisamente, la questione della distinzione tra carenza e cattivo esercizio del potere e, di riflesso, la nullità – ha finito per

rappresentare la regione di frontiera perennemente contesa tra le due giurisdizioni.

Sono perciò passati in secondo piano diversi aspetti della nullità che avrebbero invece richiesto di essere elaborati, discussi, ricostruiti autonomamente, sul piano prima sostanziale e poi processuale, prescindendo dalle logiche sottese alla questione del riparto di giurisdizione.

Gli interrogativi fondamentali della disciplina della nullità sono riemersi solo dall'ultima decade del Novecento in poi, quando oramai tutti i ragionamenti che tali quesiti stimolavano erano irrimediabilmente influenzati dalla stratificazione giurisprudenziale e dogmatica, frutto di cinquant'anni e più di dibattito sulla giurisdizione.

Su questa problematica, già di per sé sufficiente a generare confusione e incertezza attorno al concetto di atto nullo, si è innestato l'ampio dibattito che ha accompagnato l'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo, da sempre contesa tra i due poli, quello privatistico, secondo cui all'atto amministrativo sarebbero in certa misura applicabili le logiche proprie del negozio di diritto comune, da un lato; e quello pubblicistico, che attribuisce invece al provvedimento caratteri autonomi, valorizzando la distinzione rispetto al contratto, dall'altro.

Lo studioso che oggi intenda affrontare questo argomento si trova di fronte ad un groviglio inestricabile e ad una serie di interrogativi, tra cui quello principale – che ha animato il presente lavoro – attiene all'esatta nozione di nullità e alla sua collocazione nel sistema delle invalidità di diritto amministrativo: scopo del presente lavoro è dunque, innanzitutto, ricercare il senso della nullità nel diritto amministrativo e verificare se a questa ipotesi patologica possa riconoscersi un'utilità effettiva nel nostro sistema.

Per rispondere a questa domanda il lavoro è articolato, sostanzialmente, in due parti, di cui la prima, composta dai primi tre capitoli, si concentra sui profili sostanziali, mentre la seconda, che corrisponde all'ultimo capitolo, è dedicata ai rimedi extra-processuali e processuali nei confronti dell'atto nullo.

Più precisamente, il superamento di alcuni equivoci di fondo sulla nullità, che affondano le proprie radici nelle elaborazioni del Novecento, costituisce la principale ed assorbente aspirazione che ha stimolato la redazione dei primi due capitoli.

In particolare, nel primo capitolo si è cercato di fornire alla nozione di atto nullo una solida base concettuale nella teoria generale del diritto che consentisse di sciogliere stabilmente uno dei primi e più impegnativi nodi, cioè quello della distinzione della nullità rispetto all'inesistenza. Si tratta, peraltro, di un punto fondamentale della ricostruzione del concetto di nullità, perché la mancanza di un riferimento teorico preciso e sufficientemente condiviso su cui riflettere è risultata un limite rilevante di molte delle tesi dottrinali e giurisprudenziali esaminate.

Il secondo capitolo si concentra sulla ricostruzione delle principali teorie sorte attorno all'atto nullo e sull'individuazione dell'origine dei problemi che, nonostante la codificazione delle ipotesi di nullità, ancora oggi condizionano profondamente l'elaborazione di questo istituto, influenzandone in termini sensibilmente negativi l'applicazione. Naturalmente, i profili da approfondire sono stati selezionati in funzione degli interrogativi che hanno guidato la ricerca.

Il richiamo alle teorie dottrinali e giurisprudenziali elaborate nel corso del Novecento è parso indispensabile, ai fini del presente lavoro, per due ordini di ragioni: per un verso, la ricostruzione del dibattito risponde all'esigenza di conoscere lo sfondo teorico che in cui sono stati elaborati i caratteri fondamentali dell'istituto, per come oggi è conosciuto; per l'altro verso, tale richiamo aiuta a percepire l'esatta portata e le diverse implicazione delle scelte – o meglio, di alcune delle scelte – compiute dal legislatore del 2005, con l'introduzione dell'art. 21-*septies*, e del 2010, con l'avvento del Codice del processo amministrativo, che ha disciplinato, tra l'altro, l'azione di nullità.

Peraltro, questa ricerca si è rivelata particolarmente utile perché è emerso che alcune delle intuizioni dei Maestri del Novecento, che sono parse non più attuali quando è stata introdotta la disciplina positiva della nullità, meritano invece di essere recuperate, in quanto costituiscono una guida preziosa nell'affrontare i problemi aperti della nullità e, più in generale, del sistema delle invalidità di diritto amministrativo: come si vedrà, infatti, molti spunti emersi nel secondo capitolo verranno ripresi nel terzo.

Il terzo capitolo è dedicato alla ricostruzione del concetto di nullità e di atto amministrativo nullo.

A tal fine, sul piano metodologico, si è scelto di proporre una ricostruzione svolta esclusivamente sul piano sostanziale e del tutto indipendente dalle logiche connesse alla giurisdizione e alla disciplina processuale dell'azione di nullità.

Questa scelta si è rivelata particolarmente importante per slegare la nullità dai problemi relativi al riparto di giurisdizione. Le regole sul riparto sono senza dubbio di grande interesse perché marcano il confine tra forme di tutela diverse e, per certi aspetti, più o meno incisive ma l'eccessiva attenzione riposta per lungo tempo su tale profilo ha finito per relegare ad un piano del tutto marginale la dimensione sostanziale nullità e, con essa, le relative garanzie.

La priorità accordata a una ricostruzione innanzitutto sostanziale dell'istituto riflette il convincimento che il processo deve rappresentare lo strumento che garantisce effettività e tutela al diritto sostanziale: la disciplina processuale può – in una certa misura ed entro certi limiti – concorrere a chiarire alcuni aspetti puntuali del dato sostanziale, ma non può mai porsi in contrasto rispetto ad esso. È vero, semmai, il contrario, e cioè

che tra le diverse interpretazioni possibili delle regole processuali deve essere selezionata quella che assicura la forma di tutela più adeguata alla posizione sostanziale sottostante e, come si vedrà, questa impostazione condiziona profondamente le riflessioni svolte sull'azione di nullità.

Il quarto, ed ultimo, capitolo è infine dedicato alle tecniche di tutela nei confronti dell'atto nullo e riguarda sia la dimensione extra-processuale – che con una certa approssimazione, per ora, si può definire “autotutela nei confronti dell'atto nullo” – sia alla ricostruzione della disciplina processuale della nullità, alla luce delle considerazioni svolte sul piano sostanziale e con l'obiettivo di ricercare una – obiettivamente complessa – coerenza tra la nullità come patologia dell'atto e la relativa azione.

A quest'ultimo proposito, l'attenzione si concentrerà, in particolare, sui profili fondamentali dell'azione di nullità: la giurisdizione nei confronti dell'atto nullo; le condizioni generali per l'azione; la natura dell'azione di nullità; il senso del termine di decadenza previsto per l'azione di nullità e della perpetuità della relativa eccezione; la rilevabilità d'ufficio.

Non verrà trattata invece la disciplina processuale della nullità per violazione o elusione del giudicato, le cui logiche – come verrà chiarito alla fine del terzo capitolo – sono estranee agli scopi del presente lavoro.

CAPITOLO I

LA NULLITÀ NELLA TEORIA GENERALE
DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La teoria funzionale della fattispecie. La (pretesa) giuridicità del fatto e la nullità come categoria priva di rilievo sul piano giuridico. – 3. La distinzione tra efficacia e rilevanza e la teoria normativa della fattispecie. La distinzione, sul piano solo astratto, tra nullità e inesistenza. – 4. Il perfezionamento della teoria normativa della fattispecie. In particolare, il carattere concreto del giudizio di rilevanza come momento fondamentale per l'attribuzione di giuridicità alla fattispecie nulla. – 5. Gli sviluppi più recenti sulla fattispecie nulla. Il potere amministrativo nella dinamica della produzione giuridica e un primo punto di partenza.

1. *Premessa*

Le riflessioni che sono maturate e che si sono progressivamente raffinate con riguardo al sistema delle invalidità nel diritto civile presentano alcuni problemi di fondo che, nel tempo, sono stati costantemente riproposti e affrontati da autorevoli studiosi, seppure con termini che non sempre consentono di ricostruire agevolmente il complesso quadro dogmatico di riferimento¹.

Alcuni di questi problemi hanno lungamente impegnato, e per certi versi impegnano ancora oggi, gli studiosi della nullità come categoria giuridica, e sono emersi indistintamente – sebbene in momenti storici diversi² – nel diritto comune così come nel diritto amministrativo³.

¹ Per una ricostruzione articolata dell'evoluzione del concetto di nullità nella teoria generale del diritto, si veda in particolare M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004, che dedica la prima parte del suo lavoro a una articolata ricostruzione del concetto di nullità nella teoria della fattispecie.

² Come rileva M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., che, nella premessa del suo lavoro, evidenzia il "ritardo storico" con cui la nullità è entrata nella cultura giuridica del diritto amministrativo.

³ Alcune delle questioni di fondo sulla nullità, come ad esempio il regime degli atti adottati da un funzionario (che oggi definiremmo) "di fatto", sono emerse e sono state discusse fin dall'antichità: v. al riguardo P. DEL PRETE, *In tema d'invalidità degli atti amministrativi*,

Le difficoltà del giurista rispetto alla figura della nullità, del resto, sono più che comprensibili in considerazione del fatto che essa comporta la negazione di una regola fondamentale della teoria del diritto, cioè che ogni atto giuridico produce un effetto⁴.

Difatti, tra le questioni più controverse che sorgono al riguardo, vi è senza dubbio il problema del rapporto tra nullità e inesistenza, che è stato affrontato anche nei più recenti contributi monografici sulla nullità nel diritto amministrativo⁵.

La circostanza è significativa perché testimonia la perdurante esigenza di ancorare il concetto di nullità alla realtà giuridica, distinguendo un fatto giuridico – ancorché nullo e, pertanto, improduttivo di effetti – da un fatto, viceversa, irrilevante sul piano giuridico: in altri termini, si pone il problema di definire il criterio “*per il quale un accaduto assume rilevanza giuridica mentre innumerevoli altri si disperdono nel fluire della natura e della storia*”⁶.

Come si vedrà a breve, il rapporto tra nullità e inesistenza è strettamente legato con il tema più ampio della fattispecie giuridica e, dunque, della considerazione di un fatto come giuridico; in particolare, la qualificazione giuridica della nullità e la sua distinzione rispetto all’inesistenza dipendono dal concetto di fattispecie che si intende adottare⁷.

Estratto degli *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1936, p. 4 ss., che riporta le opposte soluzioni giuridiche proposte da Ulpiano e Pomponio circa l’ipotesi di uno schiavo erroneamente nominato pretore, con interessanti parallelismi rispetto al dibattito sviluppatosi su questi temi tra Cammeo, Ranalletti e De Valles nella prima parte del Novecento.

⁴ Ma il rilievo può essere formulato anche in termini più generali e riferito alla teoria dell’invalidità degli atti giuridici. Come ricorda A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, p. 1117 ss., già Bernatzik, con riferimento al concetto stesso d’invalidità degli atti, parlava di “*wissenschaftliches Urwald*”, espressione che può essere tradotta, con una certa approssimazione, in “giungla giuridica”: v. E. BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886, p. 291 (consultabile anche online, per semplicità, su Google books).

⁵ Si vedano, a titolo esemplificativo, A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, in particolare cap. IV; M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., capitoli I e II; F. LUCIANI, *Premesse allo studio dell’atto amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2008, e *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; M. TIBERIO, *La nullità e illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2003, cap. I; F. VETRÒ, *L’azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, p. 13 ss.

⁶ La celebre espressione è di N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Nov.mo Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 1094.

⁷ Secondo A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 74, “*il rapporto tra nullità e inesistenza ha un ruolo decisivo nell’elaborazione della teoria della fattispecie, in quanto tali categorie hanno la funzione di comprovare quanto in via teorica è stato sostenuto a proposito della giuridicità del fatto*”. In particolare, l’Autore. qualifica la relazione tra teoria della fattispecie e dicotomia nullità-inesistenza alla stregua di un rapporto circolare, in cui “*da un*

Per questa ragione, quando ci si interroga sul significato che deve essere attribuito alla nullità nel diritto amministrativo, devono essere innanzitutto richiamate – almeno nei loro tratti essenziali e con alcune necessarie semplificazioni – le principali ricostruzioni dogmatiche della fattispecie giuridica che sono state elaborate nel tempo, per poter costruire una cornice teorica sufficientemente solida entro cui ricostruire i problemi complessi che l'istituto in esame pone.

2. *La teoria funzionale della fattispecie. La (pretesa) giuridicità del fatto e la nullità come categoria priva di rilievo sul piano giuridico*

In origine, la dottrina legata alla tradizione pandettistica aveva elaborato la teoria della causalità giuridica, ponendo al centro della propria riflessione la relazione tra fatto ed effetto⁸.

Secondo questa concezione, in estrema sintesi, un fatto può ritenersi giuridico solo nella misura in cui esso sia idoneo a produrre effetti. Ciò che non produce effetti, viceversa, non assume alcun rilievo sul piano giuridico ed è, pertanto, inesistente⁹.

Nella prospettiva della tradizione pandettistica, in cui la giuridicità di un fatto veniva qualificata in termini squisitamente funzionali, tutti i fatti a cui l'ordinamento non ricollega effetti giuridici venivano confinati nell'ambito dell'irrelevanza giuridica e, di conseguenza, la fattispecie nulla, tradizionalmente ritenuta improduttiva di effetti giuridici, non assumeva

lato, la prima serve a spiegare la seconda, ma, dall'altro, il concetto di fattispecie nulla ed inesistente ha la funzione di provare la validità e la tenuta dei vari costrutti che si sono formati sul fatto giuridico".

⁸Peraltro, come rileva F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Padova, 1971, p. 30, nota 34, la teoria funzionale "più che trovarsi chiaramente espressa e sostenuta con argomentazioni sviluppate, affiora nella definizione tradizionalmente accolta di fattispecie, costruita in stretta relazione con gli effetti, ovvero si ricava indirettamente dall'adozione di criteri funzionali di distinzione e classificazione degli elementi della fattispecie, attraverso l'evidenziamento del presupposto necessitato per l'ammissibilità di simili criteri, la definizione funzionale di fattispecie, cioè la definizione di essa come fatto efficiente (produttivo degli effetti)". Le diverse elaborazioni della teoria funzionale della fattispecie sono sintetizzate da A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 437 ss.

⁹Tra i molti Autori legati alla tradizione pandettistica, si vedano in particolare: L. CARIOTTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956, p. 7 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, p. 195 ss.; S. MAIORCA, voce *Fatto giuridico-fattispecie*, in *Nov.mo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 112 ss.; A. MANIGK, *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e sull'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati*, in *Annuario di diritto comparato*, XVI, Roma, 1941, p. 133 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1966, p. 241 ss.

rilievo sul piano giuridico e, pertanto, non risultava caratterizzata da alcun tratto distintivo rispetto all'inesistenza¹⁰.

La principale critica che è stata mossa alle elaborazioni di matrice pandettistica muove dalla constatazione che attribuire giuridicità ad un fatto in relazione alla produzione di un effetto significa, in sostanza, negare che il medesimo fatto, di per sé considerato, sia dotato di giuridicità¹¹.

Dato questo presupposto, risulta allora illogica la pretesa di far discendere la giuridicità di un fatto dal semplice accostamento ad esso di un elemento – vale a dire, l'effetto che da tale fatto scaturisce – esogeno, il quale, pur essendo dotato di giuridicità, è privo di forza qualificante.

A questo proposito, Falzea osservava che *“il semplice collegamento di conseguenze giuridiche, di per sé, non avrebbe mai il potere di conferire il carattere della giuridicità a semplici elementi di fatto non qualificati in alcun modo: il carattere della giuridicità non potrebbe infatti essere dato dal porre accanto ad un'entità, un'altra entità, ma dal rivestire il fenomeno della forma giuridica, e quindi, se mai, del mondo del diritto farebbero parte le conseguenze e non le situazioni di fatto alle quali tali conseguenze sono collegate”*¹².

3. La distinzione tra efficacia e rilevanza e la teoria normativa della fattispecie. La distinzione, sul piano solo astratto, tra nullità e inesistenza

L'insufficienza della teoria funzionale (o della causalità giuridica) per

¹⁰ Così, in diversi passaggi, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 8; S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, XIV, tomo 2, Milano, 1989, p. 181; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 106.

¹¹ Osserva in proposito N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1096, che la concezione funzionale lascia *“in ombra la considerazione del fatto da parte del diritto obiettivo; e così disconosciuta l'autonomia del concetto di rilevanza giuridica”*.

¹² A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 26 ss., il quale rileva inoltre come affermare che *“è l'effetto giuridico a conferire al fatto il carattere che lo fa comprendere tra i fenomeni di diritto, significa incorrere in una evidente tautologia”*. Analogamente, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 28 criticando la dottrina che *“si è trovata a sottolineare oltremisura il carattere giuridicamente funzionale del fatto e la relazione tra esso e l'effetto giuridico”*, osserva come *“si trattava cioè non tanto di una qualificazione normativa diretta del fatto, ma del riflettersi in esso della giuridicità degli effetti”*. Posizioni critiche, seppur fondate argomenti solo in parte coincidenti con quelli sviluppati da Falzea, sono state sostenute da A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 927 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie*, Padova, 1995, p. 57 ss.

spiegare la dinamica della qualificazione giuridica del fatto¹³ è stata rilevata dalla dottrina successiva, che ha condotto un processo di revisione critica orientato all'elaborazione di una teoria della giuridicità del fatto indipendente rispetto alla considerazione – o, più precisamente, alla considerazione immediata – degli effetti.

Come è stato attentamente rilevato¹⁴, la teoria dei c.d. “rapporti contrattuali di fatto”, elaborata in Germania alla fine degli anni Trenta del '900, aveva già messo in crisi le elaborazioni tradizionali della fattispecie in relazione alle ipotesi di nullità¹⁵. Questa teoria, infatti, dimostrava come un contratto affetto da nullità sarebbe stato – al ricorrere di alcune precise condizioni – idoneo a produrre effetti giuridici, anche se le riflessioni successive ne avevano circoscritto l'effettiva portata innovativa, mettendo in luce come, secondo tale concezione, l'idoneità di un contratto nullo a produrre effetti sarebbe giustificata sul piano sociologico e non giuridico¹⁶.

Il passaggio decisivo ai fini del superamento della teoria tradizionale della fattispecie, dunque, è da rinvenirsi piuttosto nell'introduzione del concetto di rilevanza, accanto a quello di efficacia. È stata definita come giuridicamente rilevante “una situazione di fatto concreta, quando essa risulti costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica, perché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso quindi capace di produrre effetti”¹⁷. In altri termini, “partendo dal dato materiale o extragiuridico, e seguendo il processo di qualificazione giuridica operato dalla norma, si distinguono secondo questa teorica, due momenti logicamente (e, a volte, anche cronologicamente) differenziati, la rilevanza e l'efficacia”¹⁸.

¹³ Rileva in proposito A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 927, che “è dato esprimere più di un dubbio sull'idoneità della proposta nozione a cogliere l'essenza della fattispecie. Va innanzitutto rilevato come la definizione in questione tenga esclusivamente conto del profilo funzionale: ed è evidente che la considerazione degli effetti, anche se può aiutare a intendere meglio la natura della causa che li produce e della quale costituiscono, in certo senso, svolgimento, non vale a fornirne una nozione sufficientemente precisa”.

¹⁴ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., p. 17 ss.

¹⁵ Il riferimento originario è a G. HAUPT, *Über faktische Vertragverhältnisse*, Lipsia, 1941. L'opera è stata consultata nella versione tradotta G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012. Si vedano anche E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 356 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; U. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984.

¹⁶ Si vedano al riguardo F. MESSINEO, voce *Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 112 e S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995.

¹⁷ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 26, ove definisce la rilevanza come “la forma juris in virtù della quale una entità extragiuridica penetra nel sistema dei fenomeni giuridici”. In generale, all'Autore si deve la compiuta introduzione del concetto di rilevanza nello studio della fattispecie: si vedano al riguardo anche A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., in particolare p. 25 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 457 ss.; ID., *Rilevanza giuridica*, *ivi*, XL, Milano, 1989, pp. 900 e 901.

¹⁸ F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., p. 33.

Il momento decisivo per l'affrancamento del concetto di rilevanza da quello di efficacia coincide con l'introduzione del Codice civile del 1942, che contiene una serie fattispecie nelle quali, ad atti non conformi al parametro legale di riferimento, vengono comunque ricondotti effetti giuridici. Si pensi, ad esempio, alla disciplina del rapporto di lavoro nullo, di cui all'art. 2126 del Codice; alla nullità parziale e la sostituzione automatica di clausole nulle, di cui all'art. 1419; alla simulazione, di cui all'art. 1414.

Traendo spunto anche dalle menzionate disposizioni codicistiche, è stato rilevato che la validità di un atto non ne implica sempre l'efficacia (come nel caso di un negozio valido sottoposto a condizione sospensiva) e che anche da fattispecie invalide possono scaturire effetti giuridici.

Questa concezione ha svolto un ruolo determinante nell'elaborazione della teoria della fattispecie perché ha individuato, nella dinamica della produzione giuridica, un passaggio intermedio tra il fatto (materiale) e l'efficacia (giuridica) del medesimo, che consiste nel giudizio di rilevanza volto a verificare se il fatto sia conforme ad una fattispecie astrattamente descritta da una norma giuridica.

In questo passaggio intermedio, il fatto acquisirebbe rilevanza giuridica prescindendo dalla circostanza che esso sia, o meno, produttivo di effetti¹⁹. In questo modo, il rapporto tra rilevanza ed efficacia viene ricostruito in termini (non più di causalità, bensì) di autonomia concettuale: è infatti chiaro che, secondo questa concezione, un fatto materiale è da considerarsi fattispecie giuridica se valutato come rilevante, nel senso che si è appena spiegato, e dunque senza che a tal fine sia necessario verificare l'efficacia²⁰.

È interessante notare che questo nuovo approdo delle riflessioni intorno al concetto di fattispecie, se per un verso è proprio dagli studi sull'invalidità ha tratto alcuni spunti decisivi, per altro verso ha avuto implicazioni estremamente significative sulla concezione di nullità e inesistenza, che proprio grazie a tali elaborazioni hanno trovato una nuova collocazione sistematica.

In particolare, il rilievo secondo cui il contratto nullo, in alcune ipotesi, viene ritenuto idoneo a produrre effetti giuridici ha imposto agli studiosi di trovare una spiegazione di tali effetti che, secondo la concezione tradi-

¹⁹ Secondo N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1094, la rilevanza giuridica del fatto risiederebbe proprio "in ciò che il fatto è definito e pensato secondo un concetto normativo".

²⁰ Va detto che il percorso rappresentato in queste pagine in termini estremamente semplificati non è affatto stato lineare come potrebbe sembrare. Al contrario, come osserva F. SCOCA, *Contributo*, cit., p. 31, in realtà la dottrina tradizionale non ha superato pienamente il concetto di fattispecie ottenuto attraverso il riferimento al concetto di effetto giuridico: tale definizione, ad avviso dell'autore, dipendeva dalla sottovalutazione del collegamento tra la definizione di fattispecie e la teoria della giuridicità del fatto tratta dalla giuridicità dell'effetto, oppure da un originale ripensamento del problema della causalità giuridica.

zionale, non avrebbero dovuto prodursi in presenza di un fatto considerato giuridicamente irrilevante.

La nuova consapevolezza maturata sulla dinamica della produzione giuridica ha condizionato profondamente gli studi sulla fattispecie e sulla nullità del negozio, portando al superamento della tradizionale contrapposizione tra nullità ed efficacia²¹.

Secondo la richiamata “teoria normativa della fattispecie”, in estrema sintesi, affinché un fatto materiale assuma rilievo giuridico è sufficiente che esso sia astrattamente riconducibile ad una fattispecie normativa. A questa stregua, un negozio nullo sarebbe da qualificarsi come un fatto rilevante, e perciò giuridico, seppure – in linea di principio – improduttivo di effetti²².

Difatti, *“l'esistenza di una normativa, che puntualmente prevede e disciplina le ipotesi di nullità e il loro trattamento, mostra come esse siano valutate dall'ordinamento e come questo assuma nei loro confronti una precisa posizione, consistente nel rifiuto di collegare il trattamento previsto per gli atti validi”*²³.

Questa ricostruzione forniva, dunque, le coordinate sistematiche per distinguere la fattispecie nulla da quella inesistente: mentre la prima è riconducibile ad una norma ed è pertanto rilevante sul piano giuridico, seppure inefficace, la seconda è irrilevante e resta relegata al piano puramente materiale. Pertanto, alla teoria normativa deve essere riconosciuto il tentativo di attrarre la fattispecie nulla nell'ordine giuridico e di distinguerla da quella inesistente²⁴.

Tuttavia, essa non consente di risolvere definitivamente il problema: ferma restando la condivisione della premessa del ragionamento, secondo cui è la norma – e non i relativi effetti – a qualificare un fatto come giuridicamente rilevante, le conclusioni a cui perviene questa ricostruzione sono state criticate dagli studi successivi, che hanno messo in discussione l'effettivo superamento della teoria funzionale.

In particolare, l'affermazione secondo cui l'efficacia sarebbe, nella prospettiva della teoria normativa, la pratica espressione della rilevanza²⁵, comporta che, nel processo di qualificazione giuridica, *“rilevanza ed efficacia, se si distinguono per il loro diverso contenuto, sono però legate da*

²¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico*, cit.; A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 933 ss.; N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1094 ss.

²² R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico*, cit., p. 348, ripreso in particolare da A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 89.

²³ A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 936.

²⁴ F. VETRÒ, *L'azione di nullità*, cit., p. 8.

²⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico*, cit., p. 349, secondo cui, appunto, l'efficacia si porrebbe, rispetto alla rilevanza, solo come la sua espressione pratica e non come un'altra fase del processo di qualificazione giuridica.

nessi strettissimi e da una coordinazione necessaria”, con la conseguenza che “la rilevanza non può esaurire la giuridicità del fatto”, restando, in definitiva, “essenzialmente preordinata in funzione dell’efficacia”²⁶.

Emergevano in questo modo i limiti della teoria normativa della fattispecie (che, almeno secondo alcuni, si tradurrebbero in una vera e propria contraddizione tra premesse e conclusioni del ragionamento²⁷). In particolare, è stata rilevata, in termini persuasivi, la difficoltà di marcare in maniera nitida la distinzione tra il giudizio di rilevanza e la produzione di effetti giuridici²⁸.

Contrariamente a quanto argomentato dai sostenitori della teoria normativa della fattispecie, infatti, “la affermata contrapposizione tra rilevanza ed efficacia implica una completa rottura dei ponti tra fatto ed effetto, per cui nessuna relazione può porsi tra rilevanza ed efficacia; e, come questa non ha nulla a che fare col fatto, così il fatto non può dirsi efficiente”²⁹.

Ed è evidente che tali limiti si riflettevano – inevitabilmente, per le ragioni che sono già state richiamate in precedenza – anche sul problema della distinzione tra nullità ed inesistenza.

In definitiva, nel passaggio dall’astratta affermazione di principio alla sua concreta applicazione, la teoria normativa risultava non sufficientemente precisa da fornire una soluzione convincente. Nella prospettiva della teoria normativa, infatti, se il processo di qualificazione giuridica con-

²⁶ A. FALZEA, voce *Efficacia*, cit., p. 483. Lo stesso Autore, nella sua opera *La condizione e gli elementi*, cit., p. 27, sostiene che la rilevanza non esaurisce la giuridicità del fatto, poiché essa si limiterebbe a indicare l’idoneità di un atto a produrre effetti giuridici, esprimendosi in termini di “*efficacia potenziale*”. Una versione particolarmente raffinata di tale concezione è accolta anche da G. CORSO, *L’efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 27 ss., secondo cui “*contro la tendenza a identificare la norma con la causa esclusiva della conseguenza giuridica va osservato che una efficacia della norma esiste, ma è distinta dall’efficacia del fatto*” e affermare “*che la causa della obbligazione non è il contratto o l’illecito ma la norma che prevede la nascita della obbligazione sulla base del contratto o dell’illecito è altrettanto erroneo che ritenere che non è l’aumento della temperatura di un gas a produrre l’aumento del volume o della pressione ... bensì la legge di Gay-Lussac*”. La critica, peraltro, non appare dirimente ai fini che qui interessano: un conto è analizzare le dinamiche della produzione giuridica al fine di marcare con nitidezza la distinzione tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è, e affermare che è giuridico ciò che è rilevante, prescindendo dalla produzione di effetti; altra questione (ed è quest’ultima la prospettiva dell’Autore) è ricercare il nesso di causalità tra fatto ed effetto.

Ad ogni modo, nelle più recenti elaborazioni della teoria della fattispecie si è precisato che la produzione degli effetti giuridici non discenderebbe automaticamente dalla norma giuridica, ma sarebbe mediata dalle concrete valutazioni compiute dall’ordinamento.

²⁷ M. D’ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., p. 31 parla di “*contraddittorietà tra premesse e conclusioni in ordine al rapporto tra giudizio di rilevanza e giudizio di efficacia*”. Negli stessi termini, A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 87.

²⁸ Si veda in proposito F.G. COCA, *Contributo sul tema*, cit., in particolare p. 38 ss.

²⁹ In questi termini F.G. COCA, *Contributo sul tema*, cit., p. 41.

sta di due momenti sì distinti, ma tra loro strettamente connessi – la rilevanza e l'efficacia, appunto – allora la fattispecie nulla, che non è idonea (neppure potenzialmente) a produrre effetti, sul piano pratico finisce col restare in ogni caso confinata al mondo extra-giuridico³⁰.

4. *Il perfezionamento della teoria normativa della fattispecie. In particolare, il carattere concreto del giudizio di rilevanza come momento fondamentale per l'attribuzione di giuridicità alla fattispecie nulla*

La valorizzazione del momento della rilevanza e il suo definitivo affiancamento dalla produzione di effetti giuridici sono stati ulteriormente sviluppati nelle successive riflessioni dogmatiche.

Tali studi, partendo dal presupposto della non giuridicità del fatto materiale, hanno ricostruito il nesso tra norma e fatto in termini di consequenzialità logica, distinguendo nettamente il momento della rilevanza da quello dell'efficacia³¹. Secondo le versioni più raffinate di questa concezione, sarebbe il pensiero dell'interprete che, partendo dalla descrizione normativa, “*riduce il fatto a caso particolare: così lo schema del fatto esistente si rivela adeguato allo schema del fatto eventuale*”³².

Così, se il fatto rilevante è “*quello che si lascia ridurre ad esempio di un tipo*”, quello irrilevante, viceversa, “*non riceve un predicato giuridico: cioè non si palesa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa*”³³.

Secondo questa concezione, gli effetti giuridici non discendono automaticamente dal verificarsi del fatto, ma è la stessa norma giuridica a enunciare il legame tra fatto ed effetto³⁴. Sicché, “*mentre la conformità della realtà effettuale è giuridicamente necessaria, la conformità invece del fatto alla fattispecie, giuridicamente, è da considerarsi soltanto eventuale: infatti, nel rapporto di efficacia, oltre alla conformità, prende rilievo come*

³⁰ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento*, cit., p. 77 ss.

³¹ F.G. SCOCA, *Contributo sul tema*, cit., p. 45, che avverte, appunto, la necessità di “rendere autonoma la categoria della rilevanza da quella dell'efficacia, in quanto, finché l'efficacia viene posta in relazione con la rilevanza, non può non condizionare la giuridicità del fatto”.

³² N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1109. Nello stesso senso, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema*, cit., p. 50: “*rilevanza giuridica è, quindi, il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa*”.

³³ N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1110. Nello stesso senso, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1971, p. 241 ss.

³⁴ Si vedano in particolare N. IRTI, voce *Rilevanza*, cit., p. 1110 ss. e F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., p. 40 ss.

giuridico altresì il momento del conformarsi, mentre questo ultimo è assolutamente estraneo al rapporto di rilevanza”³⁵.

L'elemento centrale della giuridicità, dunque, è il fatto materiale prodotto nella realtà extragiuridica, che instaura, mediante il giudizio di rilevanza – e del tutto a prescindere dall'analisi circa la produzione degli effetti – un rapporto diretto con la descrizione racchiusa nella norma di riferimento.

La conformità alla fattispecie astrattamente descritta dalla norma attribuirebbe rilevanza giuridica al fatto materiale, pur senza ricollegare ad esso la produzione di effetti. Viceversa, la mancata corrispondenza tra fatto materiale e fattispecie astratta renderebbe il primo irrilevante e, dunque, inesistente.

Le ricostruzioni della dinamica della produzione giuridica proposte dalle teorie di matrice realista sembrano, dunque, offrire alla categoria della nullità una base dogmatica più solida, anche ai fini della sua distinzione dall'inesistenza.

A tale proposito, è stato però rilevato che le conclusioni a cui perviene la teoria sopra richiamata non risultano del tutto soddisfacenti con riferimento ai profili che maggiormente interessano in questa sede.

Se agganciare la produzione degli effetti alla norma, invece che al fatto, consente di distinguere i concetti di rilevanza e di efficienza e di definire la nullità come fatto rilevante ma non efficace, attribuire al concetto di rilevanza una valenza, per così dire, statica o astratta, non consente di spiegare in termini persuasivi la realtà sottostante la fattispecie nulla³⁶.

A questa stregua, infatti, la nullità verrebbe relegata ad un piano puramente descrittivo (l'astratta conformità del fatto alla descrizione normativa) e sarebbe inidonea a mutare il mondo giuridico: si giungerebbe così al paradosso che, rispetto ad un atto nullo, l'assenza di un concreto pregiudizio potrebbe astrattamente impedire il configurarsi dell'interesse ad agire per l'accertamento della patologia³⁷.

Si è sottolineato, in proposito, che la concezione del diritto in forma statica non risulta appagante: al contrario, il diritto “*va visto come una serie di regole da intendersi dinamicamente (in funzione del divenire della real-*

³⁵ F.G. COCA, *op. ult. cit.*, p. 51, il quale prosegue poi (p. 55) definendo la relazione che intercorre tra la statuizione contenuta nella norma e la conseguenza giuridica come rapporto tra “ideato” e “attuato”, con una formula tratta da A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 63.

³⁶ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 90.

³⁷ L'osservazione è di G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 96 ss., che critica la costruzione dell'azione di nullità come rimedio previsto per la rilevanza giuridica dell'atto nullo, osservando come tali elaborazioni “*non riescono a nascondere la realtà dell'inutilità della tutela giudiziale nei casi in cui il negozio nullo, radicalmente inidoneo a produrre effetti, non darebbe perciò luogo, né attualmente né potenzialmente, a quel pregiudizio che la pronuncia di nullità dovrebbe rimuovere*”.

tà sociale), diretto a dare una regolamentazione concreta (un ordine) ai fatti materiali”³⁸.

Sulla base di quest’ultimo rilievo, un filone della corrente c.d. “realista” ha chiarito che il giudizio di rilevanza riveste carattere non astratto, bensì concreto. Fermo restando che la giuridicità della fattispecie non deve essere ricercata negli effetti, è stato valorizzato il collegamento tra realtà sociale e ordinamento, precisando che la norma giuridica si limita a porre le regole attraverso cui gli interpreti valutano i fatti materiali³⁹.

Gli effetti giuridici, dunque, si producono non in quanto astrattamente previsti dalla norma, bensì sulla base di una valutazione concreta compiuta dall’ordinamento, che si basa, appunto, sulle regole sancite dalla norma. In quest’ottica, la fattispecie, “*se si considera nel quadro del procedimento di produzione degli effetti, non è causa né concausa né condizione di essi: e non è neppure condizione per il concretizzarsi della norma; costituisce piuttosto uno dei termini, col soggetto valutante, dell’atto di valutazione: vale a dire, l’oggetto della valutazione*”⁴⁰.

Secondo questa concezione, dunque, un fatto materiale assurge a fattispecie quando è oggetto di una valutazione, condotta sulla base di una norma giuridica, da parte dell’ordinamento. In questo modo, la fattispecie, totalmente sganciata dagli effetti, acquista valore giuridico anche quando l’ordinamento, in relazione ad essa, effettua una valutazione negativa che comporta, appunto, la negazione della produzione di effetti⁴¹.

L’atto nullo, in questa ricostruzione, acquista una sua precisa collocazione sistematica.

In particolare, esso integra una fattispecie, da intendersi quale oggetto di valutazione giuridica da parte dell’ordinamento che conduce ad un riscontro negativo circa la produzione di effetti giuridici. Se, viceversa, non

³⁸ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 91.

³⁹ La valorizzazione del saldo collegamento tra realtà sociale e ordinamento ha permesso di superare i rilievi che erano stati mossi a quella dottrina (in particolare, F.G. SCOCA, *Contributo sul tema*, cit., il quale tuttavia – è bene sottolinearlo – non affronta nello specifico il problema della nullità nella sua monografia) che, compiendo un pregevole sforzo ricostruttivo volto all’affrancamento del concetto di rilevanza dall’efficacia, aveva però elaborato una concezione “statica” del giudizio di rilevanza. A tale teoria, come già ricordato, è stato obiettato che “*affinché l’atto nullo possa essere percepito tangibilmente, non è sufficiente l’astratta conformità del fatto alla descrizione normativa, occorrendo, invece, che qualcuno abbia un interesse concreto ad accertare o a contestare la fattispecie nulla*” (A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 90).

⁴⁰ A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., p. 935. Lo stesso Autore, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., p. 458, (riprendendo le tesi espresse da F. VON HIPPEL, *Das problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen, 1936, il quale paragona il collegamento tra ordinamento giuridico e realtà sociale al rapporto tra soggetto valutante e oggetto di valutazione) rileva come gli effetti giuridici, in realtà, sono il frutto di una valutazione compiuta dall’ordinamento sul piano concreto.

⁴¹ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 93.

vi è alcuna valutazione concreta da parte dell'ordinamento giuridico, allora si è nel campo dell'inesistenza.

Sia pure in termini inevitabilmente semplificati, quest'ultimo passaggio costituisce un tassello fondamentale e un punto di partenza imprescindibile per lo sviluppo del ragionamento sulla nullità nel diritto amministrativo: come si vedrà *infra*, l'interpretazione che è stata fornita di alcuni aspetti della disciplina della nullità, in particolar modo sul versante processuale, slegata da una base dogmatica convincente, conduce a soluzioni poco appaganti, rendendo così ancora più evidente che la complessa operazione di ricostruzione dell'istituto della nullità all'interno del diritto amministrativo richiede necessariamente un solido ancoraggio concettuale.

5. *Gli sviluppi più recenti sulla fattispecie nulla. Il potere amministrativo nella dinamica della produzione giuridica e un primo punto di partenza*

Da questa base di partenza, che potrebbe dirsi generalmente condivisa, in alcune recenti riflessioni sulla nullità nel diritto amministrativo sono emersi (principalmente) due diversi indirizzi.

Secondo un primo indirizzo, le teorie di matrice realista si rivelerebbero convincenti quanto alla definizione della fattispecie nulla, mentre non risulterebbero altrettanto persuasive nella definizione dell'atto inesistente. Difatti, secondo la nota metafora di Re Mida⁴², ogni atto che sia oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento deve essere considerato esistente, in quanto valutato sul piano giuridico. Pertanto, affermare che un atto non è idoneo ad essere oggetto di giudizio implica, sul piano logico, una valutazione già di per sé sufficiente ad assegnare giuridicità – e, dunque, esistenza – all'atto medesimo⁴³.

Sulla base di questa constatazione, la Dottrina in esame propone un diverso criterio distintivo, vale a dire quello del risultato⁴⁴, inteso però – la

⁴² Ci si riferisce alla metafora di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1964, p. 164, secondo cui “*come tutto ciò che Re Mida toccava trasformava in oro, così tutto ciò a cui il diritto si riferisce diventa diritto, cioè qualcosa di giuridicamente esistente*”. Il passaggio è esplicitamente richiamato da A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 95, a sostegno della tesi secondo cui il “fatto suscettibile di valutazione giuridica” non sarebbe un criterio sufficiente per distinguere la fattispecie nulla dall'inesistenza e, a tal fine, dovrebbe invece farsi ricorso al diverso criterio del “risultato”.

⁴³ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 95.

⁴⁴ Il riferimento è naturalmente, agli studi compiuti da M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione e organizzazione impropria*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961. Nella prospettiva dell'Autore, il risultato, inteso come effetto pratico dell'agire umano, as-

precisazione è fondamentale – non quale mero effetto pratico, bensì come “consequenza dell’attività umana, oggetto di valutazione giuridica, con eventuale irrogazione di una misura prevista dall’ordinamento”⁴⁵.

La questione del rapporto tra nullità e inesistenza viene, così, re-interpretata alla luce dei risultati a cui tendono le attività umane. In questa prospettiva, “la *fattispecie nulla* è un atto produttivo di risultati e come tale sottoposto alla misura della nullità, con la quale si accerta e si dichiara l’invalidità del risultato voluto e prodotto; l’inesistenza, di converso, connota il fatto che vive solo nella realtà sociale ed è improduttivo di risultati, cioè di effetti pratici sottoposti alle misure reattive previste dall’ordinamento”⁴⁶.

I termini della questione, così delineati, potrebbero far ritenere che la Dottrina in esame non si sia discostata in misura significativa da quelle tesi che avevano identificato la giuridicità del fatto con la valutazione concreta compiuta dall’ordinamento⁴⁷.

Al contrario, le due teorie si distinguono per un elemento decisivo: nel-

sumerebbe un rango pari all’effetto giuridico quando sottoposto a valutazione giuridica. Questa teoria, come noto, è nata dal tentativo di ricondurre al mondo giuridico i risultati di una serie di attività che, sebbene dotati di grande importanza a livello sociale, secondo la concezione tradizionale non erano considerati veri e propri effetti giuridici. Giannini, partendo dall’analisi del modello del patronato, ha notato come, invece, la circostanza che l’ordinamento preveda una serie di interventi positivi nei confronti degli organi a cui i risultati sono imputati assegnerebbe dignità giuridica ai risultati, proprio in quanto suscettibili di valutazione.

In seguito, non vi è dubbio che il diritto positivo abbia assegnato sempre maggiore rilevanza al concetto di risultato, che è divenuto cardine delle principali riforme che hanno caratterizzato l’organizzazione dell’amministrazione e le sue attività. Si pensi, ad esempio, al sistema dei controlli, o al sistema delle incentivazioni (da intendersi quali misure sia sanzionatorie sia premiali) per i pubblici dipendenti e gli apparati amministrativi. Si pensi, ancora, al tema della responsabilità dirigenziale e all’introduzione dell’azione per l’efficienza della pubblica amministrazione, introdotta con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

A tale proposito, meritano di essere ricordati, senza pretesa di esaustività, gli studi di L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell’amministrazione di risultato*, Torino, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; C. PINELLI, Responsabilità per risultati e controllo, in *Dir. amm.*, 1997, p. 385 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2001; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001; L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000.

⁴⁵ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 114.

⁴⁶ A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 114. Peraltro, il tentativo di valorizzare il risultato nel sistema dell’invalidità nel diritto amministrativo era già stato compiuto da A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, il quale aveva rilevato come l’invalidità avrebbe dovuto essere costruita in modo da “*avere riguardo non solo e non tanto al comportamento della p.a., ma anche e soprattutto ai risultati cui esso perviene, secondo uno schema per cui la qualificazione dell’atto in termini di validità o invalidità non è possibile all’epoca dell’estrinsecazione del comportamento, ma in un momento, logico e temporale, successivo, in quanto essa implica non solo la valutazione della conformità alla norma del comportamento tenuto, ma anche la considerazione delle sue conseguenze*”.

⁴⁷ Il riferimento è alle tesi di Cataudella richiamate precedentemente.

la prima concezione, l'oggetto della valutazione compiuta dall'ordinamento è il fatto, mentre per la seconda tesi la valutazione ha per oggetto la conseguenza pratica del fatto, vale a dire, appunto, il risultato⁴⁸.

In quest'ottica, la spiegazione giuridica – coerentemente con quella sociologica⁴⁹ – della distinzione tra nullità e inesistenza, vale a dire tra giuridico ed extra-giuridico, è da ricercarsi nella volontà degli interessati, in conflitto tra loro, di sottoporre al giudizio dell'ordinamento i risultati pratici del comportamento da essi posto in essere. Il descritto meccanismo comporta che *“la nullità attiva un moto centripeto: dal giuridicamente irrilevante (inesistente), attraverso la nullità, al giuridicamente ordinato; non centrifugo: dall'ordine giuridico, attraverso la nullità, all'irrelevanza”*⁵⁰.

Secondo questa concezione, l'ordinamento concepirebbe la nullità come misura di reazione nei confronti di un risultato giuridicamente e socialmente inaccettabile. La nullità impedirebbe, dunque, al risultato pratico di trasformarsi in effetto giuridico.

A questa ricostruzione è stato obiettato (ed è questo il secondo indirizzo a cui si faceva riferimento poc'anzi) che spostare il momento della giuridicità sul giudizio che l'ordinamento effettua sul risultato significa, in definitiva, riproporre l'idea secondo cui la giuridicità del fatto scaturirebbe da un elemento esogeno (vale a dire, il risultato), tornando così alle – pur criticate – teorie di matrice causale⁵¹.

Questo secondo indirizzo non condivide l'idea che sia possibile attribuire giuridicità al risultato, sulla base essenzialmente di due ordini di considerazioni. In primo luogo, è stato rilevato che l'effetto proprio delle fattispecie normative è il regolamento giuridico degli interessi, rispetto al quale gli effetti pratici – cioè i risultati – si collocano in una distinta dimensione, non suscettibile di apprezzamento sul piano giuridico. In altri termini, se il risultato pratico coincide con il concreto soddisfacimento di interessi, questi ultimi possono essere – in qualche misura – riconosciuti dall'ordinamento, ferma restando, però, la loro collocazione extra-giuridica⁵².

⁴⁸ Come chiarito da A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 116, nota 101.

⁴⁹ Si vedano a tale riguardo gli studi di J. CARBONNIER, *Sociologia giuridica*, Torino, 2012, ripresi anche da F. CUCULO, *Ordinamento giuridico e non-diritto: rileggendo Jean Carbonnier*, in *Sociologia, Riv. quadr. scienze storiche e sociali*, 2016. Nell'opera di Bartolini, viene citato J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, in *Arch. phil. du droit*, 1963, p. 62, a sua volta citato negli studi di G.B. FERRI, C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 26, di cui si darà conto a breve.

⁵⁰ Le parole, di F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 71, sono riportate da A. BARTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 117 e nota 104.

⁵¹ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, cit., p. 67 ss.

⁵² Questa tesi è stata sostenuta in modo particolare da G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, il quale ritiene che proprio il negozio nullo dimostri la necessità di collocare i risultati in una dimensione extra-giuridica (p. 68 ss.). Ad avviso dell'Au-

Il secondo rilievo su cui questa seconda Dottrina fonda la propria posizione critica rispetto all'idea di ricorrere al risultato quale criterio distintivo tra nullità e inesistenza riguarda la difficoltà di delineare in termini sufficientemente precisi la nozione stessa di risultato⁵³.

Questa concezione rileva, invece, come anche nel diritto civile la nullità abbia oltrepassato la "*uniforme staticità della fattispecie*", per assumere "*il ruolo di strumento conformato, quanto a struttura e funzione, al tipo di operazione contrattuale posta in essere*"⁵⁴. In questa prospettiva, la fattispecie nulla sarebbe oggetto di valutazione sul piano sia dell'assetto degli interessi in gioco, sia della particolare posizione dei soggetti coinvolti e dei beni e servizi rilevanti.

Delle posizioni sopra sinteticamente riportate, più che le apparenti divergenze, meritano di essere evidenziati alcuni significativi punti di contatto, dai quali pare utile partire per proseguire nel presente lavoro⁵⁵.

tore, "*non è un caso che la sanzione della nullità, che è l'istituto che individua il momento di maggiore e più insanabile incompatibilità tra valore del negozio e ordinamento statale, è sinonimo di inefficacia (per l'ordinamento stesso). Cioè quelle finalità e quelle modificazioni che l'autore o gli autori del negozio volevano in concreto realizzare, se possono operare sul piano della realtà sociale, non operano sul piano del sistema giuridico statale*". Secondo questa ricostruzione, nullità ed inesistenza, di fatto, coinciderebbero.

⁵³ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., p. 76 ss. In particolare, l'Autrice ritiene che l'introduzione del concetto di risultato nei menzionati studi sull'organizzazione amministrativa (il riferimento è alle tesi elaborate dal Giannini, di cui *supra*) fosse giustificata dall'esigenza, altrimenti impossibile da soddisfare, di riconoscere dignità giuridica a tutti i fatti organizzativi, all'epoca ritenuti estranei alle tematiche relative al provvedimento amministrativo e alla tutela dei cittadini. La teoria dell'imputazione dei risultati si collocherebbe, dunque, "*in un orizzonte concettuale pervaso dall'assunzione che le attività, che dovrebbero dar luogo alle imputazioni dei risultati e non alle imputazioni formali, non sono giuridicamente rilevanti*". Tali studi hanno però consentito di superare i problemi che ostacolavano il riconoscimento di dignità giuridica ai fatti organizzativi, grazie sia all'intervento del legislatore, che riconducendo tali fatti sotto l'egida della legge ha assicurato rilevanza giuridica all'attività amministrativa nel suo complesso (dunque, non più solo con riferimento al provvedimento), sia alla dottrina, che ha portato a maturazione la teoria giuridica dell'attività amministrativa quale fattispecie (in particolare, il riferimento è a F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002). Ad avviso dell'Autrice, l'acquisita rilevanza giuridica dell'attività amministrativa e del processo decisionale globalmente considerato ha comportato che le conseguenze pratiche del provvedimento "*possono essere propriamente assunte (se unitariamente considerate) quali effetti giuridici dell'attività, ossia di una fattispecie giuridica più ampia*".

⁵⁴ M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit., p. 82, che menziona a sua volta gli studi compiuti da V. SCALISI, voce *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, Milano, XXI, 1969, p. 369 e ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998. In seguito, si veda anche ID., *Il contratto in trasformazione: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.

⁵⁵ Peraltro – il dato è, per ovvie ragioni, significativo – entrambe le tesi richiamate precedono l'entrata in vigore sia della disciplina sostanziale della nullità del provvedimento amministrativo, introdotta con legge 11 febbraio 2005, n. 15, mediante l'inserimento dell'art. 21-septies nel corpo della legge 7 agosto 1990, n. 241, sia della disciplina processuale dell'a-

Anzitutto – ed è questa la ragione per cui si è scelto di richiamare, almeno nei loro tratti essenziali, le principali tesi sulla fattispecie e sulla nullità come categoria generale del diritto – pare opportuno sottolineare come, nelle più recenti elaborazioni, si sia consacrata la definitiva separazione tra il momento della rilevanza e quello dell'efficacia della fattispecie.

In questo modo, è stato possibile attribuire alla nullità un valore giuridico e una collocazione sistematica definita (quantomeno) sul piano concettuale: si può affermare che la nullità è l'attributo di un fatto giuridicamente rilevante ma improduttivo di effetti, mentre l'inesistenza indica un fatto storico, irrilevante sul piano giuridico.

In secondo luogo, merita di essere evidenziato come entrambe le elaborazioni, seppure seguendo logiche e linee argomentative diverse, finiscano per assegnare – più o meno direttamente – un rilievo centrale al piano concreto della fattispecie e ai risultati prodotti nella realtà sociale.

A ben vedere, infatti, l'affermazione secondo cui la c.d. “funzionalizzazione” della nullità⁵⁶, comporta “la progressiva riallocazione dell'attenzione normativa dal momento della formazione del contratto a quello della disciplina del rapporto negoziale”⁵⁷ implica, in definitiva, un'analisi giuridica sull'impatto sociale del negozio nullo non così dissimile da quella predicata dalla teoria che propone il risultato come criterio distintivo tra nullità e inesistenza.

In entrambe le ricostruzioni richiamate sembra insomma emergere quella concezione secondo cui i confini del giudizio di validità sul provvedimento amministrativo si estenderebbero anche all'analisi sulla correttezza dell'esercizio del potere, nella prospettiva di verificare in concreto che l'azione amministrativa risulti adeguata alla cura dell'interesse pubblico.

In altri termini, come è stato condivisibilmente sottolineato da un'auto-revole dottrina, il concreto esercizio del potere amministrativo è soggetto non solo alle regole sul procedimento – sia quelle generali, oggi racchiuse nella legge 7 agosto 1990, n. 241, sia quelle che disciplinano puntualmente il caso specifico – ma anche a tutti i principi che governano l'esercizio dell'attività discrezionale da parte della pubblica amministrazione, quali ad esempio i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Al riguardo, si è osservato che “non solo la conformità alla legge (alla normazione vigente) di ogni singola manifestazione di esercizio del potere (in tutta la sequela procedimentale dei suoi atti) può essere sindacato; ma,

zione di nullità, contenuta nell'art. 31 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo).

⁵⁶ Questa è la tesi di fondo espressa da M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità*, cit.; sul percorso argomentativo seguito dall'Autrice e sulle conclusioni a cui perviene si tornerà più analiticamente *infra*.

⁵⁷ M. D'ORSOGNA, *op. ult. cit.*, p. 280.