

**L.U.I.S.S.**  
**LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI**  
**Guido Carli**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO**  
**XXI CICLO**

*"L'evoluzione del sistema di riparto di giurisdizione e la nullità  
del provvedimento amministrativo"*

**TUTORS**

**Chiar.mo Prof. Filippo Lubrano**

**Chiar.mo Prof. Salvatore Alberto Romano**

**CANDIDATO**

**Avv. Lucio Insinga**

La tesi si propone l'intento di ricostruire il processo evolutivo del sistema di riparto di giurisdizione per potere approfondire le problematiche legate all'applicazione del criterio di riparto previsto in Costituzione e basato sulla distinzione tra posizioni giuridiche soggettive fatte valere, anche alla luce della recente opera di codificazione dei vizi del provvedimento realizzata dalla Legge n. 15 del 2005.

Il primo capitolo della tesi, in particolare, ripercorre l'evoluzione del sistema di riparto di giurisdizione tra giustizia civile ed amministrativa a partire dai tempi del Regno di Sardegna fino alla fine del Ventesimo secolo. Passando attraverso la valutazione dei contenuti delle riforme della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo, della Legge istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato e della Legge istitutiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo del 1923, si giunge ad esaminare i termini del dibattito che si sviluppò ai primi del Novecento sulle finalità della neonata giurisdizione amministrativa e sulla natura delle posizioni giuridiche che essa intendeva tutelare, dibattito che sembrò trovare una soluzione definitiva nel c.d. Concordato giurisprudenziale del 1930.

La trattazione, quindi, prosegue attraverso l'esame dei lavori preparatori di alcune delle norme della nostra Carta fondamentale in materia di giurisdizione e di riparto, e descrive l'impostazione che, in conclusione, la Costituente intese dare al sistema della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Successivamente viene affrontato un passaggio fondamentale del processo evolutivo del riparto di giurisdizione: l'attenzione, infatti, si concentra sulle pronunce giurisprudenziali degli anni Quaranta della Corte di Cassazione in materia di riparto. Ed infatti, a seguito del Concordato del 1930, la Suprema Corte aveva constatato l'esistenza di una notevole confusione nell'identificazione delle posizioni giuridiche sottese alle controversie e, chiamata a decidere sul riparto di giurisdizione, si era vista regolarmente costretta a negare la giurisdizione del giudice ordinario in tutte quelle controversie in cui aveva ravvisato l'esistenza di un interesse legittimo, con il conseguente restringersi della sfera di giurisdizione del giudice ordinario e l'impossibilità per quest'ultimo di esercitare il potere di disapplicazione degli atti amministrativi, che gli era stato riconosciuto dalla Legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Il giudice della giurisdizione, allora, al fine di porre rimedio a detta situazione, decise di fissare un criterio stringente che consentiva di stabilire con esattezza quando una controversia riguardasse gli interessi legittimi e quando, invece, i diritti soggettivi: rifacendosi all'allora emergente teoria dell'affievolimento, per la quale l'interesse legittimo altro

non è se non un diritto soggettivo che ha subito una compressione a causa del suo rapportarsi con l'interesse generale e con il potere discrezionale dell'amministrazione, la Cassazione affermò a più riprese che esisteva una diretta ed imprescindibile relazione tra l'esercizio del potere e la giurisdizione del giudice amministrativo e stabilì *de facto* l'equazione carenza di potere = violazione di un diritto soggettivo, cattivo uso del potere = violazione di un interesse legittimo.

Detta impostazione non mancò di suscitare ampie perplessità in dottrina in quanto si dubitò quale dovesse essere il momento in cui si sarebbe avuta la degradazione del diritto e ci si affannò nell'individuare quale, tra nullità ed inesistenza, fosse il vizio che affliggeva il provvedimento emesso in carenza di potere. Sin dalla pubblicazione del primo studio sistematico sul problema della nullità dell'atto amministrativo, infatti, si era evidenziata una notevole confusione concettuale tra le categorie dell'inesistenza, della nullità e dell'annullabilità, che risultavano ben delineate nella pandettistica germanica ma non anche nella dottrina amministrativistica italiana, inizialmente assorta nella ricerca dei tratti di specialità che distinguessero l'atto amministrativo da quello negoziale e fortemente influenzata dalla tradizione civilistica francese, per la quale non potevano esistere nullità all'infuori di quelle espressamente previste per legge.

Il processo di assimilazione delle categorie di origine tedesca, pertanto, era avvenuto molto lentamente e solo con l'opera di O. Ranelletti e l'elaborazione della teoria del negozio giuridico pubblico, si era avuto, il compimento del processo di omologazione tra l'atto di diritto privato e l'atto amministrativo sia sotto il profilo funzionale che sotto quello patologico. Le predette teorie, però, se pur continuate da autorevoli esponenti della dottrina amministrativistica dell'epoca, vennero criticate da molti autori che ritennero che la teoria dell'invalidità amministrativa dovesse essere ricostruita alla luce del diritto positivo, con la conseguenza che solo due dovevano essere le invalidità amministrative: l'annullabilità e l'inesistenza. In giurisprudenza, inoltre, le teorie della pandettistica non trovarono accoglimento e, così, si creò un serio scollamento tra le conclusioni cui era pervenuta la dottrina maggioritaria ed il diritto giurisprudenziale.

A distanza di appena dieci anni, allora, la Suprema Corte tornò a pronunciarsi sul problema della carenza di potere e rivalutò le posizioni espresse nel 1949, finendo per amplificarne la portata: la carenza di potere in astratto, infatti, era risultata configurabile solamente in rarissimi casi di scuola e non aveva garantito quella riespansione della giurisdizione del giudice ordinario che era stata originariamente auspicata dalla

Cassazione. Conseguentemente, le Sezioni Unite affermarono che il potere dell'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni doveva assumersi inesistente (con conseguente negazione della degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo) non soltanto nei casi di mancata attribuzione del potere da parte della norma ma anche nel caso di mancanza dei presupposti per il suo esercizio.

Presso la giurisprudenza della Suprema Corte la carenza di potere in concreto trovò ampio seguito e ne furono affermati in modo pressoché costante ed unanime i principi soprattutto in materia di provvedimenti ablatori adottati in assenza o dopo la scadenza della dichiarazione di pubblica utilità. La carenza di potere in concreto, del resto, consentì al giudice ordinario di riconquistare il terreno che era stato perso nei confronti del giudice amministrativo a seguito del Concordato del 1930: se con la carenza di potere in astratto, infatti, egli aveva potuto occuparsi solo del riscontro della presenza del presupposto soggettivo dell'atto, con la carenza di potere in concreto tornò ad indagare su tutti gli altri presupposti, compresa la situazione storico ambientale, e quindi su tutte le condizioni e gli elementi che erano presenti nella fattispecie che definiva il singolo potere e che erano espressi in termini elastici, come la pubblica utilità e l'urgenza. Supportato dalla carenza di potere, in alcuni casi, il giudice ordinario arrivò perfino a controllare l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione. Fu per questo che il giudice amministrativo mostrò da subito ostilità nei confronti della carenza di potere in concreto, proprio e soprattutto nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità ed in particolare nei casi di qualificazione del provvedimento ablatorio emesso dopo la scadenza della dichiarazione di pubblica utilità ovvero in base ad una dichiarazione non contenente i termini d'inizio e completamento dei lavori e per l'adozione del decreto di esproprio.

Dopo questo approfondimento sulla teoria della carenza di potere in astratto ed in concreto, allora, il primo capitolo procede nella descrizione dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa che seguì all'avvento della Costituzione: l'attenzione viene focalizzata sulla legislazione degli anni Novanta e sul Decreto Legislativo n. 80 del 1998, con il quale i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo furono dilatati come mai prima era stato fatto.

Il primo capitolo, pertanto, si conclude con la descrizione delle valutazioni contrastanti che, della riforma del 1998, furono date dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, e con la pronuncia della Corte Costituzionale che dichiarò illegittimo per eccesso di delega l'articolo 33 del Decreto Legislativo n. 80 del 1998, nella parte in

cui esso devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi senza specificarne i limiti, e l'articolo 34, comma 1, nella parte in cui esso devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia urbanistica ed edilizia anche in presenza di meri comportamenti dell'amministrazione.

Il secondo capitolo, dedicato all'esame della più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di riparto della giurisdizione, ha inizio lì dove si era concluso il precedente: la nuova pronuncia d'incostituzionalità dei commi 1 e 2 dell'articolo 33 e del comma 1 dell'articolo 34 del già citato Decreto Legislativo n. 80 del 1998, per come reintrodotti dalla Legge n. 205 del 2000. L'attenzione viene, infatti, puntata sui contenuti della pronuncia n. 204 del 2004, dai quali vengono ricavati quattro principi, utili alla prosecuzione della trattazione: a) il giudice amministrativo è il giudice naturale degli interessi legittimi e non già il giudice dell'amministrazione; b) l'interesse legittimo esiste quale situazione giuridica soggettiva in capo al privato ogni qual volta non solo vi è l'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione ma detto potere è esercitato autoritativamente, ossia mediante atti di natura provvedimentoale o mediante atti sostitutivi o integrativi dei primi; c) il legislatore non ha piena discrezionalità nell'ampliare il numero delle materie di competenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma può farlo se dette materie involgono anche posizioni giuridiche d'interesse legittimo, ossia posizioni giuridiche per la tutela delle quali sarebbe, comunque, prevista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo; d) la tutela risarcitoria altro non è che una delle modalità di tutela giurisdizionale sia dei diritti che degli interessi legittimi (modalità che si aggiunge al potere demolitorio e/o conformativo), con la conseguenza che la cognizione della domanda risarcitoria spetta al giudice che ha cognizione sulla posizione giuridica fatta valere.

L'esame, quindi, procede attraverso la valutazione delle ricadute pratiche della predetta pronuncia, in materia di servizi pubblici, in materia di edilizia ed urbanistica (con un dovuto riferimento alla successiva pronuncia della Corte Costituzionale n. 191 del 2006), in materia di risarcimento del danno da violazione d'interessi legittimi ed in materia di pregiudiziale amministrativa.

Il secondo capitolo, quindi, si chiude con l'esame di altre due pronunce della Corte Costituzionale: la n. 77 e la n. 140 del 2007. La prima affronta (e risolve) il problema della *traslatio iudicii* (normato, successivamente, dall'articolo 59 della Legge 18 giugno 2009, n. 69), affermando che la pluralità dei giudici e delle giurisdizioni, caratterizzante

il nostro sistema giurisdizionale, non può tradursi in una minore effettività, o addirittura, in una vanificazione della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche del cittadino, in quanto detta pluralità è stata riconosciuta e consacrata dal Costituente per assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia del cittadino. La seconda pronuncia, invece, affronta il problema del riparto di giurisdizione in materia di diritti assoluti e costituzionalmente garantiti: affermando che può esistere un potere autoritativo della pubblica amministrazione anche in presenza di un diritto soggettivo assoluto, quale quello della salute, la Corte riconosce che in detti casi il giudice amministrativo può conoscere sia della domanda caducatoria che di quella risarcitoria del ricorrente, considerato che esso ha piena dignità di organo giurisdizionale, al pari del giudice ordinario. Anzi, continua la Corte, in questi casi il giudizio amministrativo assicura la tutela di ogni diritto non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione, di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa.

Il terzo capitolo richiama le considerazioni che erano state fatte nel primo in materia di carenza di potere e vizi del provvedimento amministrativo e passa ad esaminare attentamente l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto della nullità del provvedimento amministrativo dalla prima metà del Novecento fino all'opera di codificazione contenuta nella Legge n. 15 del 2005. Detta Legge, introducendo nella Legge n. 241 del 1990 gli articoli 21 *septies* ed *octies*, fornisce per la prima volta una definizione dei vizi della nullità e dell'annullabilità del provvedimento amministrativo: se in merito all'annullabilità, però, il legislatore si limita a confermare ciò che già era previsto dalla norma processuale e che nessuno aveva mai messo in discussione, e cioè che l'annullabilità è generata dalla violazione di legge, dall'incompetenza e dall'eccesso di potere, in merito alla nullità il legislatore adotta invece una scelta più complessa. Cercando di prendere posizione nel tormentato dibattito esistito ed esistente sul tema, infatti, prova a tradurre in norma i risultati a cui sono approdati dottrina e giurisprudenza ed individua quattro casi tassativi di nullità: la violazione di norme di leggi che espressamente prevedono la nullità del provvedimento per detta circostanza, il difetto assoluto di attribuzione, la presenza di vizi strutturali essenziali ed, infine, la violazione o l'elusione del giudicato.

Analizzando i singoli casi di nullità del provvedimento amministrativo, si dimostra che il risultato cui perviene il legislatore risulta alquanto lacunoso e non idoneo a risolvere molti dei dubbi interpretativi preesistenti all'opera di novellazione normativa. Sotto il profilo processuale, poi, il riconoscimento del vizio della nullità nel diritto amministrativo appare non supportato da regole specifiche per fare valere il vizio nel processo amministrativo e, sotto il profilo del riparto di giurisdizione, la nullità del provvedimento amministrativo lascia ampi spazi di contrasto interpretativo.

L'attenzione, pertanto, si concentra sulle conseguenze che la codificazione del vizio della nullità produce sul sistema di riparto della giurisdizione. La prima osservazione che viene fatta è che dalla lettura del combinato disposto dei citati articoli 21 *septies* ed *octies* si ricava con certezza che il legislatore abbia inteso diradare ogni dubbio in merito all'esistenza o meno nel diritto amministrativo delle c.d. nullità virtuali, ossia di quei casi di nullità che il Codice civile prevede per la contrarietà del contratto a quelle norme imperative che, pur non combinando espressamente la sanzione della nullità per il caso della loro violazione, presentano una cogenza tale da fare apparire inadeguato il rimedio dell'annullabilità. Se, infatti, per l'articolo 21 *septies* è nullo solo il provvedimento che viola norme che per la loro inosservanza prevedono espressamente la nullità e per l'articolo 21 *octies* la violazione di legge determina in tutti gli altri casi solamente l'annullabilità del provvedimento, dal combinato disposto delle due norme può desumersi che la nullità virtuale nel diritto amministrativo non può esistere.

La seconda osservazione che viene fatta è che all'ipotesi della nullità per difetto assoluto di attribuzione, prevista dall'articolo 21 *septies*, debbano ricondursi non solo i casi di difetto assoluto di potere e di incompetenza assoluta (casi piuttosto improbabili nella prassi quotidiana) ma anche tutti quei casi nei quali seppur la legge astrattamente attribuisce il potere all'amministrazione essa se ne fregia e ne fa uso senza che ne sussistano i presupposti di fatto o di diritto (si fa riferimento a casi nei quali v'è una completa differenza tra la fattispecie astratta prevista dalla norma attributiva del potere e la fattispecie concreta nella quale l'amministrazione pretende di fregiarsi ed esercitare detto potere).

Alla luce delle predette considerazioni e dei principi desunti in precedenza dalla sentenza n. 204 del 2004, allora, si rivaluta criticamente l'uso fatto dalla Cassazione nel corso degli ultimi cinquant'anni della teoria della carenza di potere in concreto. Ed infatti, salvo diversa ed espressa disposizione di legge, si può avere un provvedimento nullo e totalmente improduttivo di effetti solo se manca la norma attributiva del potere o

vi è incompetenza assoluta o se vi è stata violazione di norme che individuano i presupposti per il riconoscimento del potere in capo all'amministrazione. Diversamente, se si è in presenza di una violazione di norme che attengono all'esercizio del potere e che trovano nello svolgimento del procedimento amministrativo l'ambito della loro applicazione, si ha un provvedimento annullabile e produttivo di effetti fin tanto che esso non venga caducato dall'autorità giudiziaria (o dall'amministrazione stessa, nel caso di esercizio del potere in autotutela). Il fatto, poi, che il provvedimento sia affetto da nullità non comporta necessariamente che detto vizio debba essere conosciuto dal giudice ordinario: va definitivamente sfatata, infatti, l'idea che il provvedimento nullo non è idoneo a configurare in capo al suo destinatario una posizione giuridica d'interesse legittimo ma solo di diritto soggettivo. Partendo dall'assunto che l'interesse legittimo non nasce dalla degradazione di un diritto ma viene ad esistenza nel momento in cui la legge attribuisce all'amministrazione il potere autoritativo e può essere fatto valere nel momento in cui il privato avvia o vede avviato un procedimento amministrativo che lo riguarda (direttamente o indirettamente) e che è finalizzato all'esercizio del predetto potere autoritativo, si sostiene allora che se la nullità del provvedimento amministrativo deriva dalla mancanza di uno degli elementi essenziali (nullità strutturale) o da una espressa previsione di legge (nullità testuale), detto vizio deve essere fatto valere innanzi al giudice amministrativo perché un esercizio del potere, ancorché viziato, vi è stato. Differentemente, se la nullità deriva dal difetto assoluto di attribuzione, essa deve essere fatta valere innanzi al giudice ordinario in quanto la mancanza del potere autoritativo in capo all'amministrazione non consente di configurare un interesse legittimo in capo al privato. L'amministrazione che opera in mancanza del potere lo fa alla pari di come potrebbe farlo un privato e, com'è noto, i rapporti tra privati non sono oggetto del giudizio amministrativo, bensì del giudizio ordinario.

Il terzo capitolo, quindi, dopo aver accertato la costituzionalità della previsione della giurisdizione esclusiva per i casi di nullità per violazione o elusione del giudicato, si conclude con l'esame delle modalità con le quali la nullità del provvedimento amministrativo può essere fatta valere: si esamina il problema dell'ammissibilità delle azioni dichiarative nel processo amministrativo, il problema della legittimazione a far valere la nullità del provvedimento e della rilevanza d'ufficio della stessa, il problema della applicabilità all'azione per fare valere la

nullità del termine decadenziale previsto per i giudizi di legittimità innanzi al giudice amministrativo, il problema dell'eventuale esperibilità di un'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione per danno da provvedimento nullo.

La tesi, dunque, si conclude con un riferimento alla delega che il Parlamento ha dato al Governo per procedere al riassetto del processo amministrativo al fine di adeguarlo alla vigente normativa in materia di giustizia amministrativa ed alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, nonché alle norme del Codice di procedura civile. Si evidenzia che in detta delega è previsto, tra l'altro, il mandato a prevedere nel processo amministrativo le azioni dichiarative e si auspica che il Governo sappia ben sfruttare l'occasione per svecchiare il processo amministrativo e rendere il sistema della giustizia più armonico e più idoneo a garantire la tutela piena delle posizioni giuridiche soggettive d'interesse legittimo e di diritto soggettivo.