

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022
di Vincenzo Lopilato

Diritto amministrativo

AREE TEMATICHE

**PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. PROVVEDIMENTO
AMMINISTRATIVO (PT. III) – EFFICACIA – ACCORDI**

Omissis.

Argomento 3

TRACCIA

Azione di nullità del provvedimento: regime giuridico, con particolare riferimento alla nullità parziale.

A. Schema per punti

1. Nullità del provvedimento amministrativo: fattispecie. 2. Azione di nullità: profili processuali. 3. Violazione ed elusione del giudicato. 4. Nullità relativa. 5. Difetto di giurisdizione, carenza di potere e cattivo uso del potere. Nullità dell'atto amministrativo e riparto di giurisdizione.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia. Con specifico riguardo al difetto assoluto di attribuzione e al vizio di incompetenza, un'analoga questione, della quale ho parlato a fine lezione in risposta alle domande, si pone nell'ambito della sussidiarietà amministrativa verticale di cui all'art. 118 Cost. e, quindi, tra amministrazioni diverse che appartengono ad ordinamenti diversi. In particolare, occorre stabilire se l'incompetenza sia assoluta (rientrando quindi nel difetto assoluto di attribuzione ex art. 21-septies della l. n. 241 del 1990), ovvero relativa (rientrando quindi nel vizio di incompetenza ex art. 21-octies, comma 1, della l. n. 241 del 1990), nel caso in cui, nonostante la funzione amministrativa sia allocata ad esempio al Comune, in quella materia intervenga una diversa amministrazione, ad esempio la Regione o la Città metropolitana. È preferibile ritenere che si tratti di incompetenza relativa perché si resta sempre nell'ambito della stessa materia (stesso settore avente un'articolazione di competenze).*

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 11, parr. 29-30, pagg. 820-828 e Capitolo 16, par. 13, pagg. 1115-1118.

B. Giurisprudenza

1. Invalidità eccezionale della nullità anche dopo l'art. 21-septies, L. n. 241 del 1990: **Cons. Stato, sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629.**

Massima:

Anche dopo l'inserimento nel vigente sistema amministrativo dell'art. 21 septies, l. 7 agosto 1990, n. 241, la categoria della nullità rappresenta una forma di invalidità eccezionale e tipica che, in omaggio ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di stabilità degli assetti plasmati dagli atti amministrativi a tutela di interessi superindividuali, non opera **in maniera "virtuale", cioè in assenza di una norma che la preveda testualmente.**

1.1. Segue: **Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028.**

Massima:

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

Anche dopo la positivizzazione della nullità « strutturale » del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-septies, l. 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto; questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio, da cui l'atto amministrativo è affetto, assume connotati di gravità ed evidenza tali da impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure eventualmente illegittima; solo in questi casi eccezionali non sussistono, di conseguenza, le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità ex art. 21-octies comma 1, cit. l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale; al di fuori di questa evenienza — e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo — ogni patologia, da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta, deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi del cit. art. 21-octies, deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile reato.

Si riporta di seguito un estratto della parte motivazionale:

Omissis.

7. Al di fuori di questa evenienza (e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo) ogni patologia da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21-octies poc'anzi citato. Nell'ambito di quest'ultima vanno tra l'altro inclusi tutti i vizi da cui è affetta la volontà dell'amministrazione e che comportano una deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile come reato (in questo senso Cons. Stato, V, 4 maggio 2015, n. 2237, 17 febbraio 2014, n. 755; VI, 31 ottobre 2013, n. 5266). A fortiori deve pervenirsi quindi alla stessa conclusione per quanto riguarda la supposta situazione di conflitto di interessi del responsabile del procedimento dedotta dalla società Po., ovvero in un'ipotesi in cui l'illegittimità non attiene alla struttura dell'atto, ma alla posizione del funzionario agente di conflitto tra gli interessi pubblici affidati alla cura dell'amministrazione e oggetto di attribuzione del potere autoritativo e i contrapposti interessi privati.

Omissis.

1.2. Segue: Cons. Stato, sez. III, 30 aprile 2019, n. 2802.

Massima:

Il provvedimento in base al quale non sia possibile identificare, con sufficiente certezza, la porzione di realtà giuridica e materiale su cui l'atto è destinato a incidere, ai sensi dell'art. 21-septies, L. 241/1990, deve essere giudicato nullo per difetto di un elemento essenziale.

Si riporta di seguito un estratto della parte motivazionale:

Omissis.

Diritto

*1. Come esposto in narrativa, è impugnata la sentenza del Tar Piemonte, sez. II, n. 381 del 26 febbraio 2015, che ha accolto il ricorso proposto avverso il provvedimento dell'Arpa n. 1186/DU del 6 febbraio 2013, con il quale è stato intimato alla società di restituire la somma di euro 260.594,55 per erroneità della **superficie di pascolo, presa in considerazione per l'erogazione dei finanziamenti nella campagne 2007 - 2011.***

Con il primo motivo è eccepita la nullità della sentenza sul rilievo che il ricorso di primo grado, proposto dalla Società Azienda Agricola Pe. To., Gi. e Gi. S.S., è stato accolto, all'esito dell'istruttoria disposta con ordinanza n. 994 del 2013, per nullità dell'atto di concessione (del 2006)

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

di terreni di proprietà della Regione Piemonte, costituenti la "Foresta Alta Val Chisone", senza che tale profilo, sollevato d'ufficio dal giudice, fosse stato previamente comunicato alle parti presenti, a garanzia del contraddittorio.

Il motivo di appello è fondato.

*Il Giudice di primo grado ha premesso che ai sensi dell'art. 31, comma 4, c.p.a., la verifica circa la validità della concessione amministrativa del 2006 può **essere effettuata d'ufficio in sede processuale dal giudice amministrativo, senza limiti temporali ed anche in assenza di apposita domanda di parte**. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che il giudice chiamato a pronunciarsi sulla risoluzione di un contratto, di cui emerga la nullità dai fatti allegati e provati e comunque ex actis, non può sottrarsi all'obbligo del rilievo, senza che ciò possa comportare la sostituzione dell'azione proposta con altra (Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828).*

Il Tar ha poi richiamato il principio, elaborato da una costante giurisprudenza, secondo cui il provvedimento che non consenta di identificare con sufficiente certezza la porzione di realtà giuridica e materiale su cui l'atto è destinato ad incidere deve essere giudicato nullo per difetto di un elemento essenziale, ai sensi dell'art. 21 septies, l. 7 agosto 1990, n. 241.

Ha quindi concluso nel senso che tale vizio si riscontra nella concessione amministrativa rep. n. 947 del 10 aprile 2006, che risulta affetta dalle gravi ed insanabili carenze descrittive messe in luce in numerosi passaggi argomentativi della verifica.

Tutto ciò premesso, il Tar Piemonte ha dichiarato nulla la predetta concessione ed ha conseguentemente annullato il provvedimento n. 1186/DU del 6 febbraio 2013, con il quale l'Agenzia Regionale Piemontese per le Erogazioni in Agricoltura aveva disposto la decadenza dal premio ed ingiunto all'azienda ricorrente la restituzione dell'intero importo dei contributi comunitari percepiti per le annualità 2007 - 2011.

Rileva però il Collegio che di tale profilo di nullità della concessione, accertato d'ufficio dal giudice di primo grado, non è stato dato avviso alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., impedendo così che sullo stesso fosse garantito il contraddittorio e, dunque, la possibilità di difendersi.

Dal verbale di udienza celebrata al Tar in data 17 dicembre 2014 non risulta alcuna comunicazione data dal Presidente alle parti presenti, confermandosi in tal modo, in punto di fatto, la mancata possibilità che sulla questione l'Arpea e la Regione Piemonte fossero ammesse a difendersi, difesa che invece sugli altri aspetti della causa le parti resistenti hanno abbondantemente esplicitato con il deposito di memorie, così dimostrando l'interesse a sostenere la legittimità del provvedimento impugnato.

In punto di diritto ciò comporta, in applicazione della regola introdotta dal comma 3 dell'art. 73 c.p.a., l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a..

Non è dubbio, infatti, che il citato comma 3 dell'art. 73 c.p.a. si applichi anche al caso di specie.

Giova premettere che il dovere del giudice di venire in soccorso alle parti ex art. 73, comma 3, c.p.a., è posto a garanzia del contraddittorio. Costituisce cioè un meccanismo di tutela volto ad evitare pronunce "a sorpresa" su profili che esplicano una influenza decisiva sul giudizio (Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2018, n. 165).

Come da ultimo chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2018, n. 10, il vizio dell'omessa possibilità di difesa ex art. 73, comma 3, c.p.a. attiene al procedimento (la questione non è stata previamente sottoposta al contraddittorio nel corso del processo) non al contenuto della sentenza, che potrebbe essere anche "giusta" nella sua portata decisoria. Con l'ulteriore precisazione che l'art. 73, comma 3, riguarda le domande (o, eventualmente, le eccezioni) decise senza suscitare il contraddittorio sulla questione dirimente; non investe, invece, le conseguenze o gli effetti che derivano dall'accoglimento o dal rigetto delle domande: gli effetti della decisione rimangono, invero, nella disponibilità del giudice che pronuncia la sentenza e non richiedono la previa instaurazione del contraddittorio processuale ai sensi dell'art. 73, comma 3.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 4 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

Il caso all'esame della Sezione rientra indubbiamente in quelli "tutelati" dalla previsione del comma 3 dell'art. 73 c.p.a.: il comma 4 dell'art. 31 c.p.a. consente al Collegio di rilevare d'ufficio la nullità del provvedimento gravato e, dunque, di introdurre un profilo di accoglimento del gravame sul quale però non è stata espletata alcuna difesa perché non introdotto con il ricorso. Ciò però deve avvenire nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e a tutela del diritto di difesa, garantendo cioè che su questo aspetto introdotto solo dal giudice tutte le parti abbiano la possibilità di controdedurre. Di qui l'obbligo di dare la comunicazione ai sensi del comma 3 dell'art. 73 c.p.a., in mancanza della quale la causa non può che tornare, ex art. 105, comma 1, c.p.a., dinanzi al giudice che tale avviso ha omissis, così come di recente ribadito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 28 settembre 2018.

Omissis.

1.3. Nullità per difetto assoluto di attribuzione: Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017, n. 45.

Omissis.

Diritto

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi ambientali avverso la sentenza del T.A.R. della Campania - Sezione staccata di Salerno con cui è stato respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso gli atti con cui il Comune di Capaccio ha indetto una procedura avente ad oggetto il servizio di conferimento dei rifiuti solidi urbani e la gestione dei rifiuti prodotti dall'impianto di depurazione comunale.

2. Il ricorso in appello dovendosi rilevare l'inammissibilità prima ancora che l'infondatezza del primo ricorso.

3. In particolare, è infondata la tesi dell'appellante volta a sentir dichiarare la nullità degli atti impugnati in primo grado ai sensi dell'articolo 21-septies della l. 241 del 1990.

La censura di nullità (verosimilmente sollevata nella consapevolezza della tardività del primo ricorso e nel tentativo di evitare la conseguente declaratoria di irricevibilità) deve essere dichiarata infondata, non vertendosi in alcuna delle ipotesi tassative contemplate dal richiamato articolo 21-septies (circa il carattere tassativo delle richiamate ipotesi di nullità, v. Cons. Stato, IV, 18 novembre 2014, n. 5671; id., IV, 12 febbraio 2014, n. 673).

Certamente deve escludersi che gli atti impugnati in primo grado siano nulli per carenza dei necessari elementi essenziali, per violazione o elusione del giudicato ovvero per contrasto con puntuali disposizioni di legge la cui violazione di legge sia assistita dalla sanzione della nullità.

L'appellante sembra quindi concentrare il proprio sforzo argomentativo sulla tesi della nullità per avere il Comune operato in ipotesi di difetto assoluto di attribuzione, trattandosi in realtà di competenza demandata ex lege all'amministrazione provinciale e alle sue articolazioni.

Il motivo non può in alcun modo trovare accoglimento in quanto, se pure dovesse concludersi nel senso che il Comune abbia adottato atti eccedenti la propria sfera di attribuzioni (il che, peraltro, non è), gli atti in questione potrebbero al più essere dichiarati illegittimi per incompetenza relativa, ma non certo radicalmente nulli.

Al riguardo non si può che richiamare il consolidato orientamento volto a delimitare in modo assai rilevante l'ambito di esplicazione della richiamata ipotesi di nullità.

3.1. Questo Consiglio ha in numerose occasioni affermato che il difetto assoluto di attribuzione, quale causa di nullità del provvedimento amministrativo, evoca la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma attribuisce (in tal senso: Cons. Stato, IV, 19 dicembre 2007, n. 2273; id., V, 2 novembre 2011, n. 5843; id., VI, 27 gennaio 2012, n. 372; id., V, 30 agosto 2013, n. 4323; id., VI, 31 ottobre 2013, n. 5266).

Si tratta di un'ipotesi che evidentemente non sussiste nel caso in esame atteso che il complesso delle disposizioni statali e regionali richiamate dalla stessa appellante attribuisce certamente il potere di

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

adottare gli atti della cui validità qui si discute, con la conseguenza che le questioni inerenti l'attribuzione all'uno piuttosto che all'altro livello di governo delle relative competenze non coinvolgano la categoria della nullità, bensì quella dell'incompetenza (relativa).

La giurisprudenza di questo Consiglio ha altresì chiarito che attraverso l'articolo 21-septies della l. 241 del 1990 il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c. d. 'carenza in astratto del potere', cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità i casi della c.d. 'carenza di potere in concreto', ossia del potere pur astrattamente sussistente) esercitato senza i presupposti di legge pur astrattamente sussistente) esercitato senza i presupposti di legge (in tal senso: Cons. Stato, V, 30 agosto 2013, n. 4323).

E il sostanziale superamento normativo della pregressa teorica della carenza di potere di concreto è idoneo, appunto, a superare le incertezze applicative di una figura di incerta collocazione sistematica attraverso cui si annetteva la più grave delle forme patologiche dell'atto ad ipotesi (quali quelle della mancanza dei presupposti e delle condizioni per il legittimo esercizio del potere) tipicamente riconducibili alla categoria dell'illegittimità per incompetenza o violazione di legge.

3.2. Ma se non può essere condivisa la tesi della nullità degli atti impugnati in primo grado, ne deriva la tardività del ricorso di primo grado in quanto notificato ben oltre il termine decadenziale di sessanta giorni dalla pubblicazione degli atti stessi (articolo 29 del cod. proc. amm.).

Ed infatti, risulta in atti:

- che il provvedimento inditivo della procedura sia stato pubblicato nell'Albo pretorio del Comune di Capaccio dal 3 al 18 giugno 2015, nonché - per estratto - sul bollettino ufficiale della Regione Campania il 24 agosto 2015, sulla Gazzetta ufficiale nazionale il 19 giugno 2015 e sul supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'UE (GUCE) il 20 giugno 2015;

- che il ricorso di primo grado sia stato invece notificato soltanto in data 9 dicembre 2015.

Il ricorso di primo grado era quindi irrimediabilmente tardivo.

Omissis.

1.4. La nullità per violazione o elusione del giudicato è un rimedio a legittimazione relativa legato ai limiti soggettivi del giudicato: **Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 2017, n. 5634.**

Massima:

L'art. 21-septies della l. 241/90, nel menzionare la fattispecie di nullità per violazione o elusione del giudicato, ha **introdotto un rimedio a legittimazione « relativa »** legato ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Tale disposizione ha infatti inteso recepire l'indirizzo giurisprudenziale volto a sollevare il ricorrente vittorioso dall'onere di impugnare — entro un breve termine di decadenza — i successivi atti di riesercizio del potere amministrativo, in contrasto con le statuizioni della sentenza.

1.5. Segue: **Cons. Stato, sez. III, 29 ottobre 2018, n. 6130.**

Omissis.

5.1. Com'è noto, tenuto conto della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'atto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, deve ritenersi ammissibile, ai fini della sua esecuzione, il ricorso per ottemperanza innanzi al Consiglio di Stato (cfr. Adunanza Plenaria Cons. Stato, 6 maggio 2013, nn. 9 e 10) con radicamento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato ai sensi del combinato disposto dell'art. 112, comma 2, lett. b) e 113, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

Sul punto, deve di contro rilevarsi che il rimedio dell'ottemperanza involge, oltre che i casi di pura inerzia dell'Amministrazione, che lascia del tutto inattuati i "dicta" del giudice, anche i casi di violazione o elusione del giudicato per effetto di un rinnovato esercizio del potere ove confluito in atti che si pongono frontalmente in contrasto con il contenuto precettivo di un decisum oramai incontrovertibile ovvero che, pur apparentemente con esso compatibili, ne mortificano il principio informatore.

Omissis.

6.2. Orbene, prendendo abbrivio da tale premessa deve, anzitutto, rilevarsi come, alla stregua delle sopravvenienze su cui ci si soffermerà in prosieguo, il decreto del Capo dello Stato qui posto in esecuzione non abbia conservato margini di concreta esecuzione dal momento che il bene della vita (id est trasferimento della farmacia all'angolo tra via (omissis) e via (omissis)) solo nominalmente conseguito all'esito del relativo contenzioso non è più attuabile avendo il ricorrente individuato un'ulteriore e distinta sede rispetto a quella fatta oggetto di accertamento, facendo, dunque, venir meno l'oggetto dell'originario procedimento, al quale, dunque, se ne è sovrapposto uno del tutto nuovo, mai dedotto nel precedente contenzioso.

6.3. Né è possibile ritenere che il decreto decisivo abbia sancito un diritto intangibile del ricorrente a trasferirsi a proprio piacimento, e cioè anche prescindendo dal prescritto vaglio delle autorità preposte, all'interno del perimetro della zona 5 come perimetrata in prime cure, atteso che tale facoltà, pur ampiamente garantita dall'ordinamento, necessita pur sempre del formale riconoscimento consacrato nel relativo provvedimento di autorizzazione che, evidentemente, verrà rilasciata per specifici e compiutamente individuati locali.

Omissis.

La Sezione ha ulteriormente precisato che la libertà di trasferimento del farmacista all'interno della zona di competenza non è incondizionata.

Il trasferimento è soggetto ad autorizzazione dell'autorità competente, la quale deve verificare, fra l'altro, che il locale indicato per il trasferimento della farmacia sia, peraltro, situato in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 19/06/2018 n. 3744; 18 gennaio 2018, n. 327; 13 aprile 2013, n. 2019).

Quale diretto corollario dei principi suesposti deve, dunque, concludersi nel senso che il riconoscimento contenuto nel decreto qui azionato della facoltà di trasferimento nel nuovo sito ubicato all'angolo tra via (omissis) e via (omissis) non può significare, con la pretesa automaticità, anche riconoscimento alla via (omissis).

6.4. Occorre, poi, aggiungere che la statuizione contenuta nel richiamato decreto era inscindibilmente ancorata alla premessa da cui traeva diretto alimento, e cioè la perdurante validità della delibera di pianta organica approvata con deliberazione della Giunta regionale n. 5027 del 28/09/1990, della quale, come sopra già anticipato, integrava, per la zona di Siderno superiore, la perimetrazione dei confini a sud siccome solo genericamente enunciati.

La suddetta pianta organica, viceversa, evidenziava in dettaglio i confini delle sedi farmaceutiche n. 1 e 2, individuando come limite a nord delle predette zone la via (omissis), di talché, onde scongiurare il rischio di spazi vuoti, l'organo di prime cure riteneva che i confini della zona 5 dovessero essere individuati nella suddetta via (omissis).

La suddetta decisione, per i profili qui in rilievo, esplica, dunque, una valenza ricognitiva dell'esistente e, dunque, salvo che per la preclusione a creare zone bianche, non interferisce con le valutazioni che presiedono alla formazione della pianta organica e alla definizione degli ambiti delle singole zone in cui essa si articola, collocandosi tale aspetto al di fuori del nucleo imperativo della suddetta statuizione.

6.5. Orbene, in mancanza di ulteriori vincoli riferiti anche indirettamente al potere di pianificazione, ritiene il Collegio che le successive determinazioni del Comune di Siderno di revisione delle zone comunali, pur occasionate dalla richiamata decisione, non possono dirsi conformate, quanto al

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

relativo contenuto, dal pregresso giudicato siccome non esteso anche ai profili qui in rilievo, di talché, per tali distinti aspetti, la relativa regula iuris non può che essere mutuata dal quadro normativo vigente.

In altri termini, l'opzione del Comune resistente di rivedere, dettagliandoli, i confini delle zone in cui è articolato il territorio comunale non incontra alcuna preclusione nel contenuto precettivo della precedente decisione vieppiù se, com'è nel caso di specie, tale decisione non è limitata solo alla zona 5 ma involge l'intero territorio e, dunque, tutte le zone in cui il suddetto territorio è suddiviso, salvaguardando, peraltro, (circostanza comunque non dirimente) finanche il confine di via (omissis). A tal riguardo, in mancanza di vincoli rinvenienti dal precedente giudicato, si riespande l'ampia discrezionalità di cui l'Amministrazione gode in subiecta materia.

L'articolo 2 della legge 475 del 1968, all'articolo 2, si limita, invero, a prevedere che il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate (comma 1). Il numero di farmacie spettanti a ciascun comune è sottoposto a revisione entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica (comma 2).

Segnatamente, la scelta del legislatore statale di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio corrispondente agli effettivi bisogni della collettività alla quale concorrono plurimi fattori diversi dal numero dei residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie.

7. Com'è noto, i vizi di violazione e di elusione del giudicato non sono configurabili quando la pronuncia del giudice comporti 'margini liberi di discrezionalità', in relazione ai quali l'amministrazione può imporre nuovamente l'assetto di interessi che più ritiene congruo per l'interesse pubblico affidato alle sue cure, salvo il rispetto delle statuizioni di natura conformativa derivanti dall'impianto motivazionale del giudicato, al di fuori delle quali una situazione di inottemperanza non è neppure configurabile (cfr. CdS sentenze 3 giugno 2015, n. 2732, 13 maggio 2014, n. 2449).

In altri termini, deve escludersi che qualunque ulteriore esercizio del potere amministrativo, che sia collegato in qualunque modo ad una precedente pronuncia giurisdizionale, sia sempre e comunque sottoponibile al sindacato di merito del giudice dell'ottemperanza (in questo senso, da ultimo, Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 1511, 19 gennaio 2012, n. 229, 31 dicembre 2009, n. 9296; Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348; Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 899).

A fronte di quanto fin qui evidenziato deve, dunque, ritenersi che le pretese attoree si collochino all'esterno dei limiti ontologici propri del giudizio di ottemperanza.

Omissis.

2. Nullità parziale delle clausole di esclusione cd. atipiche: Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22.

Nota. *Questa sentenza la riprenderò quando tratteremo gli appalti pubblici.*

Omissis.

9. Ritenuta l'illegittimità della clausola escludente in contestazione, dunque, si tratta ora di acclarare se essa sia annullabile o nulla.

In estrema sintesi, deve ritenersi che la clausola escludente del bando è affetta da nullità, e pertanto da considerare come non apposta e quindi disapplicabile, poiché essa finisce per integrare un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

pubblici; cosa non consentita dall'ordinamento, che anzi in tal caso prevede la sanzione massima della nullità.

Da ciò questa Adunanza plenaria desume che si **tratti di una nullità parziale che non invalida l'intero bando e che non si configuri una fattispecie di nullità derivata o successiva, bensì propria, ossia di una clausola in contrasto con una norma imperativa di legge.**

10. La questione effettivamente, come segnalato dalla sezione remittente, riveste carattere generale, in quanto si **tratta di stabilire gli esatti termini del funzionamento dell'istituto della nullità nei rapporti amministrativi.** Quindi si rendono necessarie alcune premesse di sistema nel cui contesto inquadrare il caso in esame.

10.1. Va ricordato che per la giurisprudenza, cui poi si è allineata anche la dottrina, il principio basilare su cui si è retta la teorica dell'atto amministrativo e dei conseguenti rapporti sostanziali e processuali -e che ha operato per decenni alla stregua di una norma positiva- è quello secondo **cui lo stato naturale della fattispecie invalida è l'annullabilità. Sicché il sistema relativo all'invalidità si è incentrato sull'unico vizio principale, ossia l'illegittimità.**

In questo sistema non ha trovato spazio la nullità, così come disciplinata dal codice civile a proposito dell'invalidità del contratto. La giurisprudenza più risalente riteneva che non può aversi nullità se legittimati a chiedere l'annullamento giudiziale o in autotutela sono solo i partecipanti al procedimento, se l'azione va proposta in brevi termini di decadenza, se il vizio non è rilevabile d'ufficio e se infine il provvedimento viziato è sanabile. Anche se -va ricordato- progressivamente sono state introdotte dalla legge ipotesi in cui la violazione di una norma imperativa è stata espressamente qualificata in termini di nullità e come tale riconosciuta in giurisprudenza (si pensi, per esempio, alle assunzioni disposte in violazione di divieti legislativi).

D'altro canto anche nei rapporti civilistici la fattispecie nulla produce effetti, nonostante se ne predicasse l'improduttività degli effetti, l'imprescrittibilità, l'impugnabilità da chiunque avesse interesse, la rilevabilità d'ufficio. **Inoltre vi era la chiara consapevolezza che i termini nullità e annullabilità venivano usati dal legislatore in maniera non rigorosa e che fossero presenti nell'ordinamento casi di nullità relativa e casi di annullabilità assoluta.** Gli esempi sono molti e noti: l'uso improprio del vocabolo "validità" nell'art. 1398 del codice civile, che invece contempla un chiaro caso di inefficacia, la conversione del negozio nullo in cui si producono gli effetti benché di una fattispecie negoziale altra con effetti diversi e più ridotti, l'usucapione e la pubblicità sanante, le nullità in materia di diritto di famiglia e di contratto di lavoro.

10.2. In coerenza con l'indicato sistema, incentrato sul binomio invalidità/annullabilità, è andata anche la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo sino a quando non è intervenuta la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha inserito, all'interno dell'originario impianto, l'intero capo IV bis, che all'art. 21-septies, **intitolato "Nullità del provvedimento", stabilisce: "È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".**

Alla **disciplina sostanziale è seguita quella processuale**, ossia quella contenuta nell'art. 31 del codice del processo amministrativo, intitolato "Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità", che, al comma 4, stabilisce: "La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di 180 giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV". L'ultimo rimando si riferisce al procedimento relativo al giudizio di ottemperanza, dove nella lettera indicata si stabilisce: "Dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato". Infine l'art. 133, che, elencando le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, al comma 1, lett. a), n. 5 vi include: "(la) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato".

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 9 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

Dalla normativa indicata si ricava che sono **state circoscritte a quattro le ipotesi di nullità ammesse**, che diventano le uniche, **tranne l'azione dichiarativa e quella della nullità c. d. testuale**, visto che la giurisprudenza amministrativa ha escluso che ci fosse spazio per la cosiddetta nullità virtuale o di protezione di cui all'articolo 1418, primo comma, del codice civile, in quanto essa avrebbe avuto l'effetto di minare la stabilità e la continuità dell'azione amministrativa.

Infatti la medesima sezione remittente, in una pronuncia intervenuta quando era appena entrato in vigore il codice del processo amministrativo e che non risulta superata, ha statuito che: "La norma, introdotta dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, tra le varie opzioni possibili -ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto tutte le ipotesi di nullità (testuale strutturale e virtuale) previste dall'articolo 1418 del codice civile e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi- ha scelto **la soluzione di compromesso, ossia quella di escludere la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa. In altri termini, le cause di nullità debbono intendersi a numero chiuso**, così come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, VI, 13 giugno 2007, n. 3173; V 26 novembre 2008, n. 5845). Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione.>>. (Cons. di Stato, V, sent. n. 1498 del 15 marzo 2010).

10.3. Rispetto alla nullità civilistica le più visibili differenze sono costituite dal breve termine di decadenza per proporre l'azione di accertamento della nullità e il fatto che nella classica nullità strutturale (rectius: negoziale, attinente alla struttura), ossia quella che deriva dall'assenza degli elementi costitutivi dell'atto, manca una norma che espressamente indichi quali sono, contrariamente all'ipotesi contenuta nell'art. 1418, secondo comma, del codice civile, letto in correlazione con l'art. 1325 del medesimo codice.

Invece le ipotesi del difetto assoluto di attribuzione e del provvedimento adottato in violazione del giudicato sono proprie del diritto amministrativo e sconosciute dal diritto civile, dove il problema della violazione del giudicato non si pone, essendo sufficiente per fornire la tutela necessaria l'actio iudicati.

Infine, la ragione della previsione del termine di decadenza di 180 giorni, per la cui decorrenza vale quanto statuito dall'articolo 41, comma 2, del codice del processo amministrativo, **va rinvenuta nella necessità di dare certezza e stabilità ai rapporti amministrativi; ragione che è la stessa per cui, a proposito dell'azione di annullamento è previsto il breve termine di 60 giorni per impugnare, ridotto a 30 negli altri casi espressamente previsti dal codice, tra cui il caso in esame.** Peraltro, anche il diritto civile conosce casi di nullità in cui la relativa azione deve essere proposta entro un termine di decadenza, basti pensare alla **materia delle nullità matrimoniali, di cui all'articolo 117, comma 4, del codice civile.**

10.4. Ai fini della presente decisione più che le differenze con la nullità civilistica vanno individuati i punti di contatto, poiché essi consentono di delineare una sorta di quadro unico del sistema delle nullità.

Va premesso che al momento in cui la nullità è stata espressamente inserita nella legge generale sul procedimento amministrativo, la giurisprudenza e la dottrina civilistica avevano già da tempo superato l'impostazione derivante dalla tradizione pandettistica e, analizzando le norme del codice civile così come applicate nel diritto vivente, avevano dovuto prendere atto **che in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente non esaustiva.** Tant'è che -come osservato negli studi più recenti- nella contrattualistica moderna vi è una continua interferenza tra regole di validità, riferite alla struttura originaria dell'atto, e regole di comportamento, attinenti al profilo funzionale e legate alla responsabilità delle parti.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

Non a caso si è sempre più assottigliata la differenza tra nullità e annullabilità, a lungo ritenute categorie impermeabili e poi progressivamente sfumate in figure intermedie, quali, ad esempio, le invalidità rilevabili d'ufficio ma sanabili, ovvero sanabili ma non rilevabili d'ufficio. Cosicché è venuta meno anche la distinzione classica originariamente fondata tra rimedi dettati a tutela di interessi generali (nullità) e rimedi volti a proteggere uno solo dei contraenti (annullabilità). Pertanto, di fronte ad una norma che preveda che l'esito conseguente alla sua violazione determini la nullità non significa che la scelta del legislatore abbia fatto esclusivamente riferimento ad un interesse generale o pubblico, ma anche a interessi privati o di categorie di soggetti qualificati. In altri termini la norma presuppone una combinazione di criteri diversi alla luce dei quali il giudice deve valutare, caso per caso, la compatibilità tra le specifiche clausole del contratto e gli interessi o i valori che l'ordinamento intende garantire attraverso la norma imperativa.

11. La breve rassegna delle posizioni civilistiche intorno all'istituto della nullità si giustifica sia perché esso è nato in quell'ordinamento, sia perché consente di poterlo meglio collocare in un ordinamento, quello amministrativo, che ha funzionato senza mai avvertirne la mancanza.

11.1. La nullità dell'atto amministrativo -figura generale, assieme all'annullabilità, dell'invalidità e che può essere riguardata non solo come vizio, ma anche come azione, eccezione in senso tecnico e come sanzione- va analizzata nel contesto ordinamentale specifico, diverso da quello civile.

Essa opera in presenza di un provvedimento amministrativo, che viene emanato nell'ambito di un procedimento rigorosamente disciplinato e che costituisce la forma necessaria dell'azione tendenzialmente unilaterale, ancorché sempre più spesso partecipata, del potere amministrativo. Quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo.

Il profilo dell'illegittimità del provvedimento, anche quando ridondi sul procedimento che lo contiene, rileva in maniera efficace solo in sede processuale, a meno che l'amministrazione non ritenga di aprire un procedimento di secondo grado di autotutela.

Pertanto la nullità emerge nel processo, che ha le sue regole. Quindi chi intenda farla valere deve necessariamente proporre l'azione di annullamento dell'atto emanato in esecuzione di un provvedimento che si assume nullo, mentre l'azione di accertamento è ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto abbia interesse al mero accertamento e non al suo annullamento; ipotesi difficilmente riscontrabile quando l'amministrazione, proseguendo nel suo itinerario procedimentale, emani altri atti, che il primo presuppongano, i quali producono effetti sulla situazione sostanziale o procedimentale del soggetto inciso.

12. Nel complesso delineato contesto ordinamentale, l'Adunanza Plenaria ritiene che la clausola escludente - che si ponga in violazione dell'art. 83, comma 8, del 'secondo codice' sugli appalti pubblici - non si possa considerare annullabile (e dunque efficace).

12.1. Valgano al riguardo le considerazioni che seguono.

Ancor prima dell'entrata in vigore del 'primo codice' dei contratti pubblici (d.lg. n. 163 del 2006), per la tradizionale giurisprudenza amministrativa (Adunanza Plenaria, sentenza n. 1 del 2003) l'impresa potenzialmente lesa da una clausola escludente aveva l'onere di proporre subito un ricorso giurisdizionale, sicché si doveva considerare tardiva la sua impugnazione unitamente all'esclusione, se proposta dopo la scadenza del termine di impugnazione del bando.

Tale giurisprudenza è stata ribadita nel vigore del testo originario dell'art. 46 del 'primo codice' sui contratti pubblici, finché il decreto legge n. 70 del 2011 ha modificato tale art. 46, introducendo il principio della 'tassatività delle cause di esclusione' e disponendo al comma 1-bis che 'sono comunque nulle' le 'clausole escludenti' che violano tale principio.

Le finalità di tale riforma sono volte a imporre alla stazione appaltante di emanare gli ulteriori atti del procedimento senza attribuire rilievo alla clausola escludente *contra legem*, nonché a

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

consentire la piena tutela giurisdizionale - senza preclusioni - quando poi sia emanato l'atto di esclusione.

Sul significato di tale nullità si è pronunciata l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2014, per la quale "la sanzione della nullità... è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, comma 2, c.c. (vitiatur sed non vitiatur)".

Questa sentenza ha aggiunto che "la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione ..., atteso che la domanda di nullità si **propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente** ovvero rilevata dal giudice d'ufficio", e che la clausola escludente nulla è 'priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice".

12.2. L'art. 83, comma 9, del vigente codice degli appalti (d.lg. n. 50 del 2016) ha confermato il principio di tassatività delle cause di esclusione e ha ribadito che **'sono comunque nulle' le clausole escludenti in contrasto con tale principio.**

12.3. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la nullità della clausola escludente *contra legem*, ora prevista dall'art. 83, comma 9, del codice, vada **intesa anch'essa come nullità in senso tecnico (con la conseguente improduttività dei suoi effetti), similmente a quanto è stato deciso per la corrispondente disposizione del novellato art. 46 del 'primo codice'**. In altri termini, **la clausola è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (vitiatur sed non vitiatur), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie.**

Ritenere che la nullità sancita dal comma 8, ultima parte, dell'articolo 83 vada intesa come annullabilità si porrebbe in contrasto con la scelta del legislatore di qualificare come nulla la clausola escludente *contra legem*, e dunque non solo con il tenore testuale della legge, cui occorre attribuire primario rilievo in sede ermeneutica, ma anche con la sua composita ratio, volta a individuare un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo in concreto della sua situazione soggettiva tutelata..

12.4. **A questo punto, e tirando del filo delle argomentazioni sin qui svolte, a integrazione di quanto già affermato dalla sentenza sopra richiamata n. 9 del 2014, ritiene l'Adunanza Plenaria che - al cospetto della nullità della clausola escludente *contra legem* del bando di gara - non vi sia l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso: tale clausola - in quanto inefficace e improduttiva di effetti - si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge.**

Non si possono considerare applicabili l'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 e l'art. 31 del codice del processo amministrativo, i quali si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed 'integralmente' improduttivo di effetti: la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiatur* già affermato dalla sentenza di questa Adunanza n. 9 del 2014, non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni.

Il legislatore, nel prevedere la nullità della clausola in questione, ha disposto la sua **inefficacia, tanto che** - se anche il procedimento dura ben più dei sei mesi previsti dall'art. 31 del c.p.a. per l'esercizio della azione di nullità - **la stazione appaltante comunque non può attribuire ad essa rilievo perché ritenuta "inoppugnabile".**

I successivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conservano il loro carattere autoritativo e sono soggetti al termine di impugnazione previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo, entro il quale si può chiedere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) per aver fatto illegittima applicazione della clausola escludente nulla.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 2 APRILE 2022

L'art. 120 non prevede alcuna deroga al termine di decadenza di trenta giorni, che sussiste qualsiasi sia il vizio - più o meno grave - dell'atto impugnato. Né può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso.

13. Non vi è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" ex lege, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.

14. Per le ragioni che precedono, l'Adunanza Plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

a) la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo;

b) la nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa;

c) i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche per far valere l'illegittimità derivante dall'applicazione della clausola nulla.

15. La controversia va rimessa alla sezione remittente perché faccia applicazione, nella definizione della lite, dei principi di diritto come formulati, nonché per la statuizione sulle spese.

Omissis.

Omissis.