

Le sezioni unite, nel limitare la nullità del provvedimento alle ipotesi di carenza di potere in astratto, confermano la giurisdizione amministrativa in ordine alle questioni attinenti la notifica del vincolo archeologico.

[Cass. civile, s.u., sentenza 5 marzo 2018, n. 5097 – Pres. Schirò, Rel. D’Ascola](#)

Atto amministrativo – Difetto assoluto di attribuzione – Carenza di potere in astratto – Nullità.

Beni culturali, paesaggistici ed ambientali – Vincolo archeologico – Notifica e trascrizione – Controversia – Giurisdizione amministrativa.

Con l’art. 21 septies, l. 7 agosto 1990, n. 241 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 del potere in concreto”, ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge». Per contro, quando mancano, nel caso concreto, i requisiti fissati dalle norme per l’esercizio del potere formalmente attribuito alla Pubblica Amministrazione, ricorre una violazione di legge che mette in discussione la legittimità dell’atto e il corretto esercizio del potere amministrativo (1).

Le controversie aventi ad oggetto la notifica del vincolo archeologico e la sua trascrizione, in quanto relative all’esercizio del potere discrezionale della PA ed alle sue modalità di esplicazione, appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo (2).

(1, 2) I.- Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte ha affrontato una controversia concernente l’inopponibilità del vincolo archeologico, in specie nei confronti dei soggetti coinvolti nella alienazione del bene immobile sottoposto a vincolo, che deriverebbe dalla inesistenza e radicale inefficacia della notifica e della trascrizione del vincolo archeologico ai danti causa della parte venditrice.

Con una concisa motivazione le sezioni unite hanno concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Secondo il Supremo consesso le questioni attinenti alla notifica del vincolo archeologico ed alla sua trascrizione sono relative all’esercizio del potere discrezionale della p.a. ed alle sue modalità di esplicazione, perimetrando l’esercizio del diritto di prelazione e fissandone i requisiti e le modalità esplicative. L’eventuale inosservanza delle stesse,

ancorché si risolve nella asserita inesistenza/nullità/inefficacia degli atti della P.A., non attiene all'*an* bensì al *quomodo* della potestà pubblica, essendo un *posterius* rispetto all'atto amministrativo (vincolo archeologico) con cui è stato esercitato il potere attribuito al Ministero dalla legge. Tali vizi, dunque, gravitano nell'ambito della illegittimità e sono attratti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

II.- Di particolare rilievo appare l'inquadramento concernente la dibattuta figura della nullità per difetto assoluto di attribuzione. Al riguardo la sentenza si rifà alle tradizionali ipotesi di carenza di potere in astratto ed in concreto, condividendo la conclusione della giurisprudenza amministrativa nel senso che solo la prima dà luogo alla nullità.

Secondo la sentenza in epigrafe sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando, nell'esercizio di funzioni ablatorie (restrittive nel linguaggio della sentenza), il provvedimento, nullo per difetto di attribuzione, pretende di incidere su un diritto soggettivo a stampo conservativo. In questa ipotesi l'azione amministrativa non è idonea a scalfire il diritto soggettivo. È, pertanto, tale posizione giuridica che viene fatta valere direttamente dal soggetto leso, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario. Peraltro tale effetto si verifica unicamente in caso di carenza di potere in astratto.

Viene condivisa la giurisprudenza, definita come consolidata, che riconduce alla nullità ex art. 21-*septies* legge 241 del 1990 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 del potere in concreto", ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge: Viene definitivamente superata l'impostazione della tradizionale giurisprudenza della Corte di cassazione che, anche in tale ultima ipotesi, ravvisava i presupposti per l'affermazione della giurisdizione ordinaria.

Pertanto, allorquando mancano, nel caso concreto, i requisiti fissati dalle norme per l'esercizio del potere formalmente attribuito alla p.a., ricorre una violazione di legge che mette in discussione la legittimità dell'atto e il corretto esercizio del potere amministrativo (in questo senso anche i seguenti precedenti della Corte suprema: Cass. civ., sez. un., 3 ottobre 2016, n. 19682; 28 luglio 2016, n. 15667; 23 settembre 2014, n. 19974; Cass. pen., sez. III, 15 novembre 2017, n. 52053, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 127, secondo cui la carenza di potere in concreto si traduce nella violazione di legge, che costituisce requisito strutturale del reato di abuso di ufficio ex art. 323 c.p., e si distingue dal difetto assoluto di attribuzione che è causa di nullità dell'atto).

III. Per completezza si segnala:

a) sul criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla distinzione fra carenza di potere in astratto e concreto, v. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, 666 ss.; CARINGELLA – DE NICTOLIS – GAROFOLI – POLI, *Il riparto di giurisdizione*, II ed., Milano, 2008, 73 ss., 146 ss.; D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo*, Milano, 2015, 135 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2017, 205 ss.; A. PLAISANT, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*, II ed., Cagliari, 2017, 603 ss.;

b) sulla nullità dell'atto amministrativo per carenza assoluta di potere, Cass., sez. lav., 28 settembre 2006, n. 21036, in *Foro it.*, 2007, I, 3106, con nota di D'AURIA, secondo cui "è nullo, per essere stato emanato in difetto assoluto di attribuzione, il bando di concorso relativo alla copertura di un posto di «medico dirigente di primo livello» (corrispondente, nel precedente ordinamento, al posto di aiuto-X livello retributivo del ruolo sanitario), indetto successivamente all'entrata in vigore del nuovo ordinamento della dirigenza medica (introdotto dal d.leg. 502/92), ma prima della sua concreta operatività, e dopo la «revoca di diritto», disposta dall'art. 19 d.leg. 517/93, delle procedure concorsuali per la copertura di posti nelle posizioni funzionali corrispondenti, nel precedente ordinamento, al decimo livello retributivo del ruolo sanitario"; Cass. civ., sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2688 (in *Foro it.*, 2008, I, 224, con nota di TRAVI, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui "sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le vertenze risarcitorie o restitutorie promosse per occupazioni effettuate dall'amministrazione in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità, o in presenza di dichiarazione nulla (in particolare, perché priva dei termini per l'inizio e il compimento dell'espropriazione e dell'opera) o divenuta inefficace per l'inutile decorso dei termini";

c) sul tipo di invalidità che affetta un atto amministrativo conseguente a reato, Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755, in *Foro it.*, 2014, III, 219, secondo cui "è affetto da annullabilità (e non da nullità) il provvedimento amministrativo che sia stato rilasciato in seguito alla commissione di un reato"; nel medesimo senso, ovvero che la rilevanza penale dell'atto non determini la nullità del provvedimento amministrativo, Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266; in senso contrario: Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890, secondo cui è nulla, per interruzione del rapporto organico, la concessione edilizia frutto di abuso d'ufficio; Cass. pen., 3 luglio 1986, Zanella, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Abuso di poteri*, n. 17. In dottrina sul tema, cfr. D'ANGELO, *Nullità dell'atto «da reato» e giurisdizione nelle controversie su atti nulli*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 461; CORTESI, *Interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1301 ss.; GALLO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 189 ss.; PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, voce dell'*Enciclopedia del diritto-Annali*, Milano, 2007, I, 855 ss.;

d) per il ripudio della tesi della carenza di potere in concreto come causa di nullità dell'atto amministrativo e conseguente giurisdizione del G.O., Cons. Stato, Ad plen., 26

marzo 2003, n. 4, in *Foro it.* 2003, III, 433, con nota di TRAVI, secondo cui *“l’omissione dei termini per l’inizio e l’ultimazione dei lavori comporta l’annullabilità, e non la nullità, della dichiarazione di pubblica utilità; pertanto non determina carenza di potere rispetto ai successivi atti espropriativi”*; Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12 (in *Foro it.*, 2008, III, 1, con nota di TRAVI; *Corriere giur.*, 2008, 253, con note di DI MAJO, PELLEGRINO; *Urbanistica e appalti*, 2008, 339, con nota di GALLO, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *“rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia relativa all’accertamento di intervenuta accessione invertita e alla conseguente domanda di risarcimento, in presenza di un agire dell’amministrazione causalmente riferibile a una funzione che per legge le appartiene ed è stata in concreto svolta, in quanto, nella materia espropriativa, i comportamenti che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva sono solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni fattispecie, non risultano riconducibili all’esercizio di un pubblico potere”*;

e) negli stessi termini, con riferimento al contrasto del provvedimento amministrativo col diritto europeo, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, III, 413 con nota di PAOLA; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072 (in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1097, con nota di FRANCO, *Giust. amm.*, 2009, fasc. 2, 223, con nota di CORNELLA, *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2012, fasc. 1, 64, con nota di BACCARI), secondo cui: *“Il provvedimento di una p.a. nazionale che si ponga in contrasto con la disciplina comunitaria di un determinato settore configura un’ipotesi di annullabilità dello stesso, e non di nullità, come accade, invece, nell’ipotesi che l’atto interno sia stato emesso in conformità ad una norma nazionale (attributiva del potere) che risulti, essa, incompatibile con il diritto comunitario, con il conseguente obbligo di disapplicazione; l’azione di annullamento per violazione di una norma comunitaria è esperibile davanti al giudice amministrativo entro l’ordinario termine di decadenza, mentre la p.a. è tenuta ad applicare l’atto illegittimo, salvo il potere di annullamento in via di autotutela”*; Cons. Stato sez. III 8 settembre 2014, n. 4538, secondo cui *“l’art. 21-septies, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e tra queste non rientra la violazione del diritto comunitario per la quale l’ipotesi della nullità è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere incompatibile con il diritto comunitario”*;

f) sulla nullità dell’atto amministrativo nel regime dell’art. 21-septies, l. n. 241 del 1990, in relazione agli artt. 31, comma 4 e 133, comma 1, n. 5, c.p.a., v. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1827 e 24 maggio 2016, n. 2202, in *Foro amm.*, 2016, 1191, secondo cui: *“anche dopo l’inserimento nel vigente sistema amministrativo dell’art. 21 septies l. 7 agosto 1990 n. 241, che ha codificato la nullità «strutturale» del provvedimento amministrativo (ossia per difetto dei suoi elementi essenziali), tale peculiare vizio può essere in concreto ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l’inesistenza dell’oggetto; in particolare, con riferimento all’ipotetico*

difetto della causa, che sul piano civilistico è causa di nullità del negozio, questo nella teoria del provvedimento amministrativo, laddove lo si identifichi con l'insussistenza dell'interesse pubblico che esso dovrebbe perseguire, costituisce una ordinaria ipotesi di annullabilità del provvedimento amministrativo, ex art. 21 octies, 1° comma, della stessa l. n. 241 del 1990, sub specie di eccesso di potere; e ciò discende non solo dalla peculiarità della patologia del provvedimento amministrativo rispetto a quella del negozio giuridico, nella prima essendo del tutto prioritario e prevalente l'aspetto «funzionale» (ossia la finalizzazione del provvedimento a un interesse pubblico), ma anche dall'eccezionalità del vizio di nullità rispetto alle ordinarie forme di illegittimità conoscibili dal giudice amministrativo e rilevanti quali cause di annullabilità"; cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455 del 2014 (in *Appalti & Contratti*, 2015, fasc. 1, 83), secondo cui il regime della nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono, conseguentemente perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21- septies, l. n. 241 del 1990, devono sussistere gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; difetto assoluto di attribuzione; violazione o elusione del giudicato; negli esatti termini, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI; *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI; *Urbanistica e appalti*, 2014, 1075 (m), con nota di FANTINI; *Giornale dir. amm.*, 2014, 918 (m), con note di FERRARA, BARTOLINI; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 550, con nota di BARBIERI, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);

g) sulla disapplicazione del regolamento in contrasto con il diritto europeo, [Cons. Stato, sez., VI, 2 febbraio 2018, n. 677](#) (oggetto della [News US 12 febbraio 2018](#), ed ai cui approfondimenti si rinvia), che ha deferito all'Adunanza plenaria le questioni dell'affidamento dell'incarico di direttore di polo museale a cittadino non italiano, della disapplicazione regolamentare e del regime giuridico delle norme interne in contrasto con la CEDU;

h) sulla imposizione del vincolo culturale, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2013 n. 2707, secondo cui "un provvedimento amministrativo di imposizione di un vincolo su un bene determinato (sia esso mobile o immobile) è impugnabile innanzi al Tar o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica entro i termini stabiliti dalle legge, che decorrono - per il proprietario o il titolare del diritto reale - dalla data della relativa notifica o della acquisita conoscenza. L'inoppugnabilità del provvedimento impositivo del vincolo si verifica col decorso di tali termini. Un successivo passaggio di proprietà (inter vivos o mortis causa) non rimette in termini l'acquirente, che subentra nella medesima situazione giuridica nella quale si trova il dante causa. Pertanto, l'acquirente del bene sottoposto al vincolo non si avvale della riapertura dei termini di impugnazione: gli atti di trasferimento del bene sono vicende di diritto privato, che non pongono nel nulla la conseguita inoppugnabilità del provvedimento"; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747, secondo cui "il giudizio che presiede all'imposizione di una dichiarazione di interesse (c.d. vincolo)

culturale è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico - scientifiche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari (della storia, dell'arte e dell'architettura) caratterizzati da ampi margini di opinabilità. Ne consegue che l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela - da esercitarsi in rapporto al principio fondamentale dell'art. 9 Cost. - è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile. In altri termini, la valutazione in ordine all'esistenza di un interesse culturale (artistico, storico, archeologico o etnoantropologico) particolarmente importante, tale da giustificare l'imposizione del relativo vincolo ai sensi degli artt. 13, comma 1, e 10, comma 3, lett. a), d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, è prerogativa esclusiva dell'Amministrazione preposta alla gestione del vincolo e può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta".