

## **L'art. 114 c.p.a. : possibili interferenze tra il nuovo diritto processuale e il “vecchio” diritto sostanziale**

La sentenza TAR Lazio, Sez. II bis, 13.10.2010 n. 32797, già oggetto di analisi su questa Rivista<sup>1</sup>, consente alcune ulteriori riflessioni, da un lato in ordine alla possibile “resistenza” di orientamenti giurisprudenziali affermatasi prima dell’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo e dall’altro sul riflesso che l’art. 114 c.p.a. - norma processuale – può avere nella interpretazione dell’art. 21 *septies* della L. n. 241/90, norma sostanziale.

Quanto al primo aspetto occorre ricordare che, secondo un orientamento giurisprudenziale, l’art. 21 *septies* andrebbe interpretato nel senso di dover ritenere nullo non solo il provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione di una pronuncia giurisdizionale passata in giudicato ma anche quello che contrasti con un provvedimento del giudice non passato in giudicato o inidoneo al passaggio in giudicato in senso stretto, come nel caso delle ordinanze cautelari<sup>2</sup>.

In questi termini si esprime, innanzi tutto, Consiglio di Stato, Sez. VI, 24.7.2007, n. 4136 ad avviso del quale “è inevitabile configurare il contrasto con ogni pronuncia esecutiva del giudice come una forma di patologia del provvedimento amministrativo certamente più grave della semplice annullabilità. Del resto, l’inquadramento nella categoria della nullità può essere affermato non solo per ragioni di ordine sistematico, ma anche con argomenti di tipo testuale, costituiti sia dalla lettura estensiva del concetto di giudicato, sia dalla attitudine della pronuncia del giudice a delimitare i confini delle attribuzioni concrete dell’amministrazione. Quindi, il provvedimento adottato in antitesi alla pronuncia giurisdizionale potrebbe essere assimilato a quello emanato in “difetto assoluto di attribuzione”, che determina comunque la nullità, per espressa previsione legislativa” (in termini anche Sez. VI, 4.6.2007, n. 2950).

Del medesimo avviso anche TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 29.1.2008, n. 200: “la nullità delle statuizioni amministrative contenute nei provvedimenti impugnati discende anche dalla disposizione di cui all’art. 21 *septies* della l.241/90, secondo la quale sono nulli i provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato.

---

<sup>1</sup> A.CARBONE, *Art. 114 c.p.a.: giudizio di ottemperanza e dichiarazione di nullità dell'atto amministrativo*

<sup>2</sup> Al contrario, secondo altra parte della giurisprudenza, come ricordato da ultimo da TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 14-05-2010, n. 1134 “l’atto amministrativo adottato in violazione di un’ordinanza cautelare del Giudice amministrativo deve reputarsi annullabile e non nullo, in quanto la nullità di cui all’art. 21 *septies* della L. n. 241/1990 e s.m.i. presuppone un contrasto dell’azione amministrativa con sentenze passate in giudicato e non semplicemente con decisioni cautelari prive della efficacia di cosa giudicata (Tar Lombardia, Milano sez. IV 6 giugno 2008 n. 1937; Tar Liguria, Genova sez. II 2 febbraio 2007 n. 158; Tar Calabria, Catanzaro sez. II 26 luglio 2005 n. 1397)”.

Infatti (e non è mancato in dottrina chi lo ha rilevato), ragioni di effettività della tutela giudiziale ed il principio di separazione dei poteri, conducono necessariamente a ritenere che nel termine “giudicato” utilizzato dal legislatore, non possa che ricomprendersi anche quel particolare tipo di giudicato che si viene a costituire sulla pronuncia cautelare non suscettibile di impugnazione. (...) Inoltre, sotto il secondo profilo (separazione dei poteri) – il che è ancora più grave – l’Amministrazione disattendendo l’ordine cautelare, incide su un assetto di interessi che trova la sua fonte non più nell’esercizio del potere amministrativo, ma in una statuizione del giudice, vanificandola o comunque rendendola priva di effetti pratici e così compromettendo, in definitiva, il buon esito del processo che la misura cautelare è volta a tutelare (essa è infatti preordinata a rendere possibile, in quanto ancora effettiva, la pronuncia sulla causa che sarà contenuta nella sentenza)”<sup>3</sup>. Questo indirizzo giurisprudenziale, se può suscitare rilevanti perplessità nella parte in cui assimila il giudicato che si forma su una pronuncia definitiva a quello che si forma su una pronuncia che tale non è (la teoria del “giudicato cautelare”), presenta indubbi spunti di interesse quanto al profilo della nullità derivante dal vizio di difetto assoluto di attribuzione, codificato dall’art. 21 *septies* della l. 241/90, profilo che presenta anche un collegamento con la sentenza del TAR Lazio da cui trae spunto questo breve contributo.

In altre parole, ad avviso della giurisprudenza ricordata, il provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione di una ordinanza sospensiva concretizzerebbe la fattispecie contemplata dall’art. 21 *septies* in quanto il provvedimento cautelare del giudice, nell’impartire un comando alla p.a., non può che essere considerato come una limitazione, seppur non definitiva (al pari, quindi, di una sentenza non passata in giudicato), delle attribuzioni dell’Amministrazione ponendosi il provvedimento del giudice come limite al riesercizio del potere, in virtù tanto del principio di separazione dei poteri quanto dei canoni costituzionali di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost., nonché nel generale principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Particolarmente chiara anche TAR Calabria, Sez. II, 7.4.2010, n. 428 «L’effetto conformativo di ogni provvedimento giurisdizionale, infatti, comporta un vincolo assoluto per l’amministrazione di attenersi, nella sua successiva attività, alla statuizione del giudice. Tale effetto conformativo non è pertinente al solo giudicato ordinario, ma consegue anche al giudicato cautelare, assolutamente vincolante, al pari del primo, per la P.A. fino ad una eventuale difforme decisione di merito, non essendo consentito all’amministrazione, nelle more di tale decisione di merito, di ribadire le proprie determinazioni che siano difformi dal decisum cautelare. In conclusione, è nullo, ex art. 21 *septies*, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento amministrativo violativo della misura cautelare, atteso che in tale ipotesi viene in rilievo un’ipotesi di carenza di potere in concreto».

<sup>4</sup> Come rilevato in dottrina da E. GAETANI, *La nullità del provvedimento amministrativo per violazione o elusione del cosiddetto giudicato cautelare*, in Foro amm. TAR 11/08, p. 3204. Con riferimento a tale orientamento giurisprudenziale, affermatosi rispetto alle ipotesi di contrasto dell’atto amministrativo con il provvedimento cautelare, l’A. propone la categoria della “nullità per difetto temporaneo di attribuzione”.

Si osserva che tale proposta interpretativa sembrerebbe potersi applicare anche alla ipotesi dei provvedimenti contrastanti con sentenze avverso le quali sia ancora possibile proporre impugnazione ordinaria, giacché, anche in quel caso, in assenza del requisito del passaggio in giudicato, la p.a. potrebbe vedersi in seguito riconoscere nuovamente

Simile interpretazione dell'art. 21 *septies* non sembra tuttavia più praticabile a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 114 c.p.a.

Tale disposizione, infatti, nel disciplinare il contenuto delle sentenze adottabili dal g.a. in sede di decisione del ricorso per ottemperanza, distingue nettamente le sentenze passate in giudicato (dalla cui violazione o elusione discenderà la dichiarazione di nullità, ai sensi del comma 4, lett. b) dalle sentenze non passate in giudicato e gli altri provvedimenti – categoria nella quale possono senz'altro essere ricompresi i provvedimenti cautelari – rispetto ai quali è posto l'obbligo per il g.a. di considerare “inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione” (così la lett. c del comma 4).

Sotto questo punto di vista si può rilevare come una disposizione, l'art. 114 c.p.a., destinata a disciplinare la materia processuale (e in particolare il rito dell'ottemperanza), abbia tuttavia significativi riflessi anche sotto il punto di vista sostanziale (o meglio, sotto il punto di vista della interpretazione del diritto sostanziale) consentendo di chiarire un profilo prima oggetto di interpretazioni discordanti.

Ciò con la conseguenza che, laddove si aderisca alla ricostruzione qui proposta, oltre a non potersi condividere la pronuncia del TAR Lazio ora considerata, resa in sede di ottemperanza, il vizio di violazione o elusione di un provvedimento giurisdizionale diverso da una sentenza passata in giudicato potrà essere fatto valere unicamente tramite l'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.) e non anche con l'azione volta alla declaratoria della nullità (art. 31 c.p.a.<sup>5</sup>).

Infatti, sebbene la sentenza del TAR Lazio qui presa in esame consideri in via incidentale una fattispecie diversa<sup>6</sup>, nella quale viene dedotto il contrasto del provvedimento amministrativo con una sentenza (non passata in giudicato) e non con una ordinanza cautelare, il parallelo tra le due ipotesi – e quindi con la giurisprudenza sopra ricordata – pare senz'altro possibile, considerato

---

l'attribuzione. Così, mentre nel caso del provvedimento cautelare la “temporaneità” sarà da ricondurre alla possibile difforme decisione di merito, nel caso della sentenza non passata in giudicato tale carattere sarà da riferire all'ipotesi di una diversa statuizione del giudice del gravame.

<sup>5</sup> Norma che, peraltro, al comma 4 disciplinante l'azione di nullità, nel riferirsi all'art. 114 (ottemperanza) rinvia solo al comma 4, lett. b), così confermando ulteriormente che le ipotesi contemplate nella lett. c) non danno luogo a nullità, ma solo a “inefficacia”, se rilevata in sede di esecuzione, ovvero annullabilità se in sede di azione ex art. 30.

<sup>6</sup> Ed infatti, sebbene in via principale la decisione abbia ad oggetto il contrasto di un provvedimento con una sentenza passata in giudicato (con conseguente applicazione della lettera b) dell'art. 114, comma 4), il TAR, incidentalmente, rileva che anche la fattispecie di cui alla lettera c) dell'art. 114, comma 4, è una ipotesi di nullità, alla quale però non segue una declaratoria espressa ma solo la “disapplicazione”. Afferma infatti il TAR al punto 9: “come confermato dalla lettera c) del medesimo art. 114, comma 4, secondo cui, nell'ipotesi di esecuzione di una pronuncia invece non passata in giudicato, il giudice provvede “considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione”, quale ipotesi “minore” rispetto alla dichiarazione di nullità per violazione del giudicato (lettera b), e che, quindi, evidenzia come l'accertata nullità imponga di disapplicare incidentalmente (“considerando inefficaci”) i medesimi “atti emessi in violazione o in elusione”. Ad avviso del TAR, quindi, vi sarebbe da un lato, quindi una nullità dichiarata espressamente (lett. b) e dall'altro una nullità accertata incidentalmente (lett. c) con conseguente “disapplicazione”.

altresì che l'art. 114, comma 4, nell'ampia formula della lettera c ricomprende entrambe le tipologie di pronunce (una espressamente e l'altra nella categoria degli “altri provvedimenti”).

Quel che si vuole rilevare è la portata generale del principio espresso dal TAR che, seppur in sede di ottemperanza, conferma in sostanza l'idea che anche il contrasto con una pronuncia (di merito o cautelare) non passata in giudicato né idonea a formarla possa integrare la fattispecie della nullità del provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 21 *septies*. Non è infatti da dubitare che, stando al ragionamento contenuto nella sentenza esaminata, il TAR sarebbe pervenuto alle medesime conclusioni anche laddove oggetto di ottemperanza fosse stata una ordinanza cautelare.

Nonostante la (chiara) distinzione operata dal c.p.a., la decisione del TAR Lazio sembra, al contrario, “riecheggiare” l'indirizzo giurisprudenziale<sup>7</sup> che considera il contrasto con decisioni non definitive ma comunque esecutive come causa di radicale nullità e non di semplice annullabilità, peraltro ponendo a fondamento di tale posizione non gli argomenti della giurisprudenza prima ricordata (la teoria del difetto “provvisorio” di attribuzione), ma proprio una norma che, come visto, pare invece militare nel senso esattamente opposto. Peraltro, non pare spostare il problema la circostanza che la decisione in parola sia stata adottata in sede di giudizio di ottemperanza né che la statuizione qui criticata sia solo incidentale.

\*\*\*

Concludendo questa breve riflessione sembra potersi rilevare come sia possibile enucleare, in generale, due temi: il primo è quello della possibile resistenza di precedenti orientamenti del g.a. di difficile coordinamento con il nuovo dettato normativo; il secondo, connesso, è quello delle interferenze tra il “nuovo” diritto processuale e il diritto sostanziale così come interpretato fino ad oggi.

---

<sup>7</sup> Infatti Cons. Stato 4136/2007 prima citato, pur avendo ad oggetto la fattispecie della violazione di una ordinanza cautelare, afferma, più in generale, il principio della nullità per tutte le ipotesi di contrasto tra un provvedimento amministrativo e una pronuncia del giudice dotata del carattere della esecutività, carattere comune ad ordinanze e sentenze non passate in giudicato. Nella pronuncia, in particolare, si afferma che “la pronuncia cautelare di primo grado e la sentenza del tribunale non sospesa contengono un “comando giurisdizionale”, che si impone inderogabilmente alle amministrazioni destinatarie (...)”.