

1. Con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) e con le sue prime applicazioni da parte dei giudici amministrativi, si può iniziare ad apprezzare l'effettiva portata delle disposizioni in esso contenute.

Tra esse, una speciale menzione merita di sicuro l'azione di nullità, inserita a seguito di defatiganti discussioni durante la fase preparatoria del Codice. Prevista infatti come sottospecie dell'azione di accertamento e sottoposta ad un termine decadenziale di 180 giorni nella prima bozza, prevista senza alcun termine nella seconda bozza, era stata poi espunta, come l'azione di accertamento in generale, nella terza bozza, per essere nuovamente reinserita nel testo definitivo, insieme al termine centottantagennale. Nell'ultima versione della norma si introduce peraltro una deroga al termine stesso, non prevista nella prima bozza del codice, per la nullità derivante da violazione o elusione del giudicato. Deroga - è da dire - del tutto opportuna, atteso che l'obbligo di far valere questo tipo di nullità entro centottanta giorni avrebbe condotto la violazione o elusione del giudicato al di fuori delle logiche dell'ottemperanza, privando tale giudizio di uno dei suoi strumenti più efficaci.

Così ad ogni modo il testo del 4° comma dell'art. 31: *"La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può essere sempre 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"*.

Nel caso di giudizio di ottemperanza, infatti, ai sensi del richiamato disposto dell'art. 114, comma 4, lettera b), il giudice, quando accoglie il ricorso *"dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato"*, in conformità con la previsione dell'art. 21 septies, comma 2, L. 241/90, come modificata dalla L. 15/05.

Il Codice prevede inoltre un altro potere in capo al giudice amministrativo: in caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. c), *"determina le modalità esecutive considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione"*.

2. Veniamo ora al caso concreto esaminato nella sentenza del TAR del Lazio del 13 ottobre 2010, n. 32797. Si trattava dell'esecuzione di una sentenza dello stesso Tribunale, passata in giudicato nelle more dell'ottemperanza, con la quale era stato annullato il diniego dell'Ente parco dei Castelli romani ad un Progetto di realizzazione di alcuni fabbricati nel Comune di Monte Porzio Catone. A seguito dell'intimazione ad adempiere dell'interessato, l'Ente ha risposto con un preavviso di diniego ex art. 10 bis L. 241/90 del nulla osta necessario per procedere alla realizzazione delle costruzioni. Tale provvedimento non è stato fatto oggetto di formale impugnazione, mediante motivi aggiunti, da parte del ricorrente, il quale si è limitato ad allegarlo agli atti di causa. Ciò ad ogni modo non ha costituito motivo di preclusione al suo esame: conclusione del tutto da condividere atteso che, secondo l'art. 31, comma 4, c.p.a., la nullità può essere sempre rilevata d'ufficio dal giudice.

Procedendo ad applicare le norme del codice, il TAR ha affermato che il preavviso di rigetto è radicalmente nullo e quindi del tutto inefficace perché adottato in "difetto assoluto di attribuzione" cioè "al di fuori delle potestà pubbliche attribuite dall'Ordinamento costituzionale al Potere esecutivo", in ragione (in rapporto da genere a specie) di una "violazione o elusione del giudicato", secondo quanto ora previsto dai citati artt. 31 e 114 c.p.a.

A prescindere del rapporto di genere a specie tra difetto assoluto di attribuzione e violazione o elusione

del giudicato, che in realtà non trova conferma nel dettato dell'art. 21 *septies* L. 241/90, ma che ad ogni modo non porta a conseguenze pratiche determinanti, occorre soffermarsi su un altro punto rilevante della decisione.

Ad avviso dei giudici laziali, infatti, in forza dell'art. 114, comma 4, lett. b) e c), "il definitivo testo del nuovo C.P.A. pur non prevedendo espressamente una specifica azione di accertamento, conferma la normativa e l'evoluzione giurisprudenziale in tema di disapplicazione incidentale dell'atto nullo da parte del giudice amministrativo. Pertanto, qualsiasi atto amministrativo adottato in "difetto assoluto di attribuzione" in ragione della sua "violazione o elusione del giudicato", non è in grado di intercettare ed affievolire la pretesa sostanziale del ricorrente al bene della vita consentito dall'esecuzione del giudicato, imponendo al Giudice dell'ottemperanza, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva estesa al merito, di accertare incidentalmente la sua "nullità" e di procedere oltre" (punto 13 della decisione).

Ai noi sembra che queste considerazioni necessitino di alcune precisazioni. In primo luogo, se è vero che il Legislatore, nel testo definitivo del Codice, non ha previsto un'azione di accertamento atipica, così come era invece stabilito nella c.d. prima bozza del c.p.a., non per questo manca nel nostro ordinamento processuale un'azione di accertamento della nullità dell'atto amministrativo, disciplinata, si è detto, dall'art. 31, comma 4, c.p.a.

Inoltre, e soprattutto, non sembra potersi accogliere la formula adottata dal TAR, di disapplicazione di un atto amministrativo nullo.

I giudici, infatti, pur correttamente considerando le ipotesi di cui alle lettere b) e c) del quarto comma dell'art. 114 c.p.a. differenti fra loro (punto 9 della sentenza), applicano poi una sorta di combinato disposto delle due previsioni, disapplicando un atto nullo per violazione o elusione di giudicato (punti 12 e 13). Ai sensi della lettera b), invece, il TAR avrebbe dovuto dichiarare nullo, in via principale, un provvedimento viziato in tal senso, in conformità con gli artt. 31 c.p.a. e 21 *septies*, comma 2, L. 241/90.

Diversamente, secondo il disposto della lett. c), il g.a., nel determinare le modalità esecutive di una pronuncia *non* passata in giudicato, *considera* inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione della pronuncia stessa: in sostanza, in questo secondo caso, si procede ad una dichiarazione di inefficacia in via incidentale, cioè a dire ad una disapplicazione, ma non già di un atto nullo - in quanto, non essendo passata in giudicato la sentenza, non si è ancora prodotta la causa di nullità - bensì di un atto valido: laddove infatti il successivo appello riformi la sentenza di merito, tale validità troverebbe conferma e il provvedimento sarebbe pienamente efficace.

Il Legislatore, in definitiva, ha opportunamente previsto due regimi diversi a seconda del passaggio o meno in giudicato della sentenza: una dichiarazione di nullità nella prima ipotesi, conforme alla definitività del giudicato medesimo; una disapplicazione nella seconda, in quanto il quadro di riferimento può ancora mutare a seguito dell'eventuale gravame. Nel caso di specie, trattandosi di pronuncia non più impugnabile, il TAR avrebbe dovuto, secondo il combinato disposto degli artt. 31, comma 4 e 114, comma 4, lett. b) c.p.a., dichiarare la nullità dell'atto in via principale, così eliminando definitivamente il provvedimento dalla realtà giuridica.

Utilizzare in entrambi i casi lo strumento della disapplicazione sembra costituire una manifestazione della riluttanza del g.a. ad usufruire nella loro piena portata dei mezzi offerti dall'attuale normativa, tra cui appunto la sentenza dichiarativa: in tal modo si considera il giudizio amministrativo tuttora incentrato su una struttura di tipo impugnatoria. Modello - è da dire - che sarebbe ormai il caso di superare del tutto, così da configurare, finalmente, il g.a. come giudice ordinario dell'esercizio del potere, secondo quanto

affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 6 luglio 2004, n. 204, e dare piena attuazione all'art. 24 Cost., adeguando il processo amministrativo al "mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela necessita di uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi" (Relazione introduttiva al Codice del processo amministrativo, p. 89). In questo senso il g.a. non dovrebbe lasciarsi andare a dubbi di sorta nell'emettere sentenze di mero accertamento, anche in via principale, nonché di condanna, non solo al risarcimento dei danni.

Sembra invece che la sentenza in esame riprenda quella discussa prassi giurisprudenziale che, pur di non utilizzare lo strumento dell'azione di accertamento, la cui ammissibilità era discussa precedentemente all'entrata in vigore del Codice, 'nascondeva' la dichiarazione di nullità di un provvedimento in pronunce di inammissibilità per mancanza di qualsiasi effetto lesivo per il ricorrente, in considerazione dell'inefficacia dell'atto nullo (ex multis Cons. St., sez. V, n. 151 del 12 marzo 1988, in Foro amm., 1988, p. 468); ovvero nell'annullamento di un atto già nullo (TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 4581 del 26 ottobre 2005). A seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo, questo indirizzo, già oggetto di critiche¹ sotto il precedente assetto processuale, dovrebbe essere definitivamente abbandonato.

3. Un'ulteriore considerazione merita la circostanza che il preavviso di rigetto non era stato fatto oggetto di formale impugnazione, mediante motivi aggiunti. Il TAR invero non si è affatto soffermato sulla questione, ma si è detto come la mancata preclusione può trovare agevolmente giustificazione nella lettera del quarto comma dell'art. 31, secondo cui il g.a. può sempre rilevare d'ufficio la nullità dell'atto amministrativo.

In tal modo si accede ad una particolare interpretazione della rilevabilità d'ufficio: non si ritiene, cioè, che il giudice possa esercitare tale potere solo nei confronti di un atto impugnato, magari per profili di semplice illegittimità, ma anche in ordine a qualsiasi provvedimento inerente al giudizio, purché oggetto di allegazione delle parti.

Ciò comporta sicuramente una spinta notevole verso il superamento della struttura impugnatoria del processo, purché, si badi, l'atto nullo sia oggetto di una pronuncia dichiarativa in via principale, e non, come nel caso di specie, di una mera disapplicazione. Potrebbe porre però dei problemi in ordine ai limiti oggettivi del giudicato, laddove il giudice non si attenga ad una applicazione rigorosa del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. Il rischio è infatti che venga proposto un ricorso pretestuosamente, al solo fine di allegare un atto nullo per cui è scaduto il termine di impugnazione di centottanta giorni - previsto per l'esperimento dell'azione in via principale nei casi diversi dalla violazione o elusione del giudicato - di modo da ottenere la dichiarazione di nullità attraverso la sua rilevazione d'ufficio da parte del giudice.

Certo è in concreto ancora da valutare l'effettiva portata di una norma che pur prevedendo dei limiti temporali per l'impugnazione in via principale, permette la rilevabilità d'ufficio in ogni tempo del vizio di nullità. Laddove infatti si faccia un parallelismo con un'altra nullità "a termine" presente nel nostro ordinamento, quale quella relativa alle delibere assembleari ex art. 2379 cod. civ., si noterà come quest'ultima disposizione sottoponga al medesimo termine triennale non solo l'impugnazione dell'atto, ma anche la rilevabilità d'ufficio del vizio.

¹ Sia consentito richiamare ad A. Carbone, La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo, in Dir. amm., n. 3/2009, pp. 795 ss.