

Aspetti processuali in ordine alla nullità dell'atto amministrativo per violazione o elusione del giudicato

di Francesca Pollastro*

SOMMARIO: 1. La definizione di nullità dell'atto amministrativo e l'introduzione dell'art. 21 septies nella legge n. 241 del 1990, con particolare riferimento al vizio di violazione ed elusione del giudicato. – 2. L'azione di nullità nel diritto amministrativo. – 3. La deroga alla disciplina processuale dell'azione di nullità prevista dall'art. 31, comma 4, primo periodo, del Codice del processo amministrativo, per violazione o elusione del giudicato. – 4. La rilevabilità d'ufficio della azione di nullità per violazione o elusione del giudicato.

1) La definizione di nullità dell'atto amministrativo e l'introduzione dell'art. 21 septies nella legge n. 241 del 1990, con particolare riferimento al vizio di violazione ed elusione del giudicato.

L'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 regola la disciplina sostanziale della nullità di un provvedimento amministrativo e stabilisce quali siano le cause che rendono lo stesso invalido¹.

Detta disposizione, introdotta con la legge n. 15 del 2005, sancisce, dopo numerosi contrasti dottrinali, l'autonomia della figura della nullità, come invalidità degli atti amministrativi².

Negli anni precedenti all'intervento della novella legislativa era sorto, tra gli interpreti, un acceso dibattito dottrinale che vedeva il fronteggiarsi di due correnti di pensiero³; da un lato era stata prospettata la teoria negoziale, ai sensi della quale al provvedimento amministrativo avrebbe dovuto estendersi la disciplina prevista per il negozio giuridico, riprendendo le definizioni di nullità contemplate nell'art. 1418 del Codice Civile.

Dall'altro lato era stata formulata la tesi autonomistica che, invece, veniva basata sul carattere di autonomia del diritto amministrativo rispetto al diritto privato, così restringendo all'annullabilità l'unica forma di invalidità dell'atto amministrativo⁴.

In questo scenario, la giurisprudenza era giunta a delineare una tesi mediana tra le due contrapposte visioni, ammettendo, accanto al vizio dell'annullabilità, anche la nullità strutturale e testuale, non residuando invece

*Specializzata presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali – Università degli studi di Pavia/Università Bocconi Milano.

¹ Sulla disciplina della nullità nel diritto amministrativo e l'introduzione dell'art. 21 septies della Legge n. 241 del 1990: Caringella F., *Compendio di diritto amministrativo*, Dike giuridica editrice, Roma, 2017, Pagg. 486 e ss.; Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, Pagg. 483 e ss.; D'Orsogna M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in Cerulli Irelli V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene Editore, Napoli, 2006, Pagg. 370 e ss.; Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, Pagg. 372 e ss.

² L'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, così dispone: *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*. La norma positivizza, quindi, 3 diverse cause di nullità: la mancanza di elementi essenziali, cd. nullità strutturale, il difetto assoluto di attribuzione e la violazione o elusione del giudicato, argomento trattato nella presente nota; in commento alla norma: Giannini D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in www.iusexplorer.it.

³ Sul dibattito precedente all'introduzione dell'art. 21 septies: Caringella F., *Compendio di diritto amministrativo*, cit., Pagg. 486 e 467; Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, cit., Pagg. 373 e ss.

⁴ Secondo tale tesi, l'unica nullità ammissibile nella dogmatica amministrativa era quella testuale, ritenendo quindi che il giudice amministrativo avrebbe potuto adottare, salvo per le eccezioni espressamente stabilite dal legislatore, solo sentenze di annullamento; non ritenendo, ammissibile l'equiparazione tra l'invalidità civilistica ed amministrativa, propria dell'orientamento negoziale; sull'argomento: Caruso F., *La patologia del provvedimento amministrativo con particolare riguardo alla configurabilità della nullità virtuale*, in www.justowin.it; tuttavia, nel corso di tale dibattito dottrinale, la Corte di Cassazione, almeno in alcuni casi, aveva rilevato che taluni vizi, di particolare gravità del provvedimento amministrativo, davano luogo a una patologia radicale dell'atto, autonoma e ulteriore rispetto a quella dell'annullabilità, sanzione tipica del processo amministrativo: Corte Cass., Sezioni Unite, 21 marzo 2001, n. 120; Corte Cass., Sezioni Unite, 28 ottobre 2005, n. 20994.

spazio per le nullità cd. virtuali, sancite dall'art. 1418, primo comma, del Codice Civile, nel caso di violazione di norme imperative⁵.

Detta interpretazione, per così dire “mediana” o “intermedia”, a prescindere dalle ipotesi di esplicita previsione legislativa, aveva consentito di ricondurre ad ipotesi di nullità anche le fattispecie che riguardavano atti adottati in elusione del giudicato⁶.

Il legislatore ha poi fatto proprio il punto cui era giunta la giurisprudenza, codificando le ipotesi di nullità dell'atto amministrativo all'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990⁷ e per l'effetto delineando una categoria autonoma di nullità, finalizzata a garantire la stabilità e la certezza del diritto amministrativo.

Tuttavia, anche successivamente all'introduzione della norma sopra citata, l'applicazione giurisprudenziale è stata assai prudente ed ha assegnato alla nullità un rilievo limitato alle sole ipotesi espressamente indicate dal legislatore⁸.

Si registrano solo poche e isolate decisioni in cui il giudice amministrativo ha cercato di estendere lo spazio applicativo della nullità, comunque sconfessate da decisioni subito successive⁹.

Inoltre, è rimasta esclusa dall'intervento riformatore la categoria dell'inesistenza, spesso usata dalla giurisprudenza pregressa che utilizzava indistintamente i termini nullità/inesistenza per indicare gli stati patologici del provvedimento, implicanti una sua inefficacia originaria.

Ciononostante, l'atto inesistente e l'atto nullo differiscono concettualmente tra loro, in quanto il primo non risulta dotato di una reale apparenza giuridica, tanto da non poter neppure essere identificato come atto giuridico, mentre all'opposto solo un atto esistente, ancorché illegittimo, può esprimere una sua efficacia¹⁰.

Pertanto occorre sottolineare che, malgrado la codificazione dei principi di diritto nel 2005, la materia della configurabilità dei vizi di nullità continua, ancora oggi, ad essere oggetto di contrasti tra gli interpreti, con una giurisprudenza che, in più occasioni, ha tracciato confini variabili tra annullabilità e nullità.

Tanto premesso, risulta ora possibile soffermarsi sulle differenti ipotesi di nullità contemplate nella indicata norma della legge n. 241 del 1990, concentrando poi l'attenzione sulla violazione o elusione del giudicato.

Tra le specie di vizi che producono la nullità, la prima di esse è costituita dalla mancanza degli elementi essenziali del provvedimento¹¹, con ciò ricalcandosi la disciplina propria del Codice Civile¹². Tale nullità cd. strutturale non può tuttavia condurre a considerare applicabili le medesime regole civilistiche, in quanto, nel diritto amministrativo la mancanza e l'illiceità della causa, requisiti essenziali del contratto, sono da considerarsi classiche figure di eccesso di potere e come tali da ricondursi alle ipotesi di annullabilità del

⁵ Nello stesso periodo, dal punto di vista testuale, erano altresì comparse norme che prevedevano casi espliciti di nullità, si pensi all'art. 3 del d.l. n. 293 del 1994, convertito in legge n. 444 del 1994, sul tema della “*prorogatio* di organi scaduti, di carenza di impegno di spesa e di assunzioni senza concorso”.

⁶ Sulla introduzione di origine giurisprudenziale di ipotesi di nullità per elusione del giudicato, negli anni precedenti alla modifica normativa si segnala: Cons. Stato, V, 11 ottobre 1996, n. 1231; Cons. Stato, IV, 24 febbraio 2000, n. 1001.

⁷ Sulla natura “ibrida” della nullità: Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, cit., Pagg. 383 e ss.

⁸ Il Consiglio di Stato, infatti, ha più volte esplicitato che, le cause di nullità del provvedimento amministrativo sono da intendersi a “numero chiuso” e devono essere considerate una forma di invalidità eccezionale e tipica che non può operare in maniera “virtuale”, ossia senza una norma esplicita che la preveda testualmente; tra le altre, si segnalano: Cons. Stato, VI, 28 febbraio 2006, n. 891; Cons. Stato, IV, 17 maggio 2010, n. 3129; Cons. Stato, VI, 3 maggio 2016, n. 882.

⁹ Sentenza di apertura sul vizio di difetto assoluto di attribuzione, tra le altre si richiama: Cons. Stato, VI, 23 maggio 2012, n. 3039.

¹⁰ Per un approfondimento in merito, sul binomio nullità/inefficacia: Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, Pag. 391.

¹¹ La codificazione della causa di nullità per mancanza di elementi essenziali smentisce quella tesi autonomista e pubblicistica secondo cui nel diritto amministrativo non ci sarebbe stato spazio per la nullità strutturale, la disposizione normativa tralascia tuttavia di indicare quali siano questi elementi la cui mancanza all'interno della struttura provvidimentale, determini la nullità, occorre quindi fare ricorso all'art. 1325 del Codice Civile che elenca i requisiti essenziali del contratto, quali l'accordo, la causa, l'oggetto e la forma, da ciò ne discende una trasposizione di tali concetti in sede amministrativa ritenendo requisiti essenziali: il soggetto, l'oggetto, la volontà, la forma e la causa del potere.

¹² In rimando al Codice Civile, come già sopra anticipato, si fa riferimento all'art. 1418, secondo comma, che stabilisce la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti essenziali stabiliti dal medesimo Codice all'art. 1325. Tale richiamo è stato ritenuto condivisibile anche dalla giurisprudenza con alcune decisioni, tra le altre: Cons. Stato, VI, 14 luglio 1999, n. 948; Cons. Stato, IV, 27 ottobre 2005, n. 6023; Cons. Stato, IV, 17 maggio 2010, n. 3129.

provvedimento stesso¹³. Ne consegue che gli elementi indefettibili del provvedimento vanno individuati nel contenuto e nella forma del provvedimento¹⁴.

La seconda specie di nullità prevista dal legislatore amministrativo è rappresentata dal difetto assoluto di attribuzione che evoca il concetto di carenza di potere in astratto, vale a dire il caso in cui la Pubblica Amministrazione assume un potere che non le è stato attribuito da nessuna norma di legge. Anche detta causa di nullità è stata oggetto di ampi contrasti giurisprudenziali negli anni, fino ad un recente indirizzo della Corte di Cassazione, condiviso almeno in parte dalla giurisprudenza amministrativa, che considera causa di nullità per difetto assoluto di attribuzione anche la carenza in concreto di potere¹⁵.

Tanto precisato, sia pure in forma estremamente sintetica, si intende qui concentrare l'attenzione sulla terza fattispecie di vizio di nullità delineata dal legislatore all'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, rappresentata dalla violazione o elusione del giudicato.

Già nel 1984, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con pronuncia n. 6, poi confermata da ulteriori sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali, aveva affermato che, quando il comportamento dell'amministrazione si poneva in contrasto con un precedente giudicato, i provvedimenti emessi dovevano essere considerati affetti da nullità.

Pertanto, tale tipologia di nullità nasceva per ragioni principalmente processuali, come aspetto inerente ai presupposti del giudizio di ottemperanza; infatti, nella indicata pronuncia della Adunanza Plenaria veniva ammesso un giudizio di ottemperanza in relazione ad un giudicato dal quale fosse integralmente desumibile il provvedimento che l'amministrazione era tenuta ad emettere¹⁶.

In effetti, prima dell'avvento dell'art. 21 septies, chiarificatore delle ipotesi di nullità nel diritto amministrativo, la giurisprudenza aveva precisato che la nullità per violazione o elusione del giudicato poteva sussistere solo se l'atto si poneva in integrale contrasto con il precedente giudicato e che quindi la sua attuazione avrebbe dovuto dare luogo ad una attività provvedimentale vincolata¹⁷.

A ciò si collegava il dubbio se il giudizio di ottemperanza fosse volto a sanzionare qualsiasi inadempimento, sia in violazione che in elusione; si era delineata, cioè, una distinzione tra gli atti violativi ed elusivi del giudicato, ritenendosi solo i primi denunciabili in sede di ottemperanza e invece i secondi necessariamente impugnabili attraverso un ordinario giudizio di legittimità.

Tuttavia, con una pronuncia del Consiglio di Stato del 1992¹⁸, l'elusione del giudicato era stata ritenuta anche essa un vizio sindacabile in sede di ottemperanza, al pari della violazione, così anticipando quanto statuito poi, dalla novella del 2005, all'art. 21 septies, che esplicitamente equipara le due ipotesi, superando definitivamente la precedente distinzione.

Proprio muovendo dalle novità normative del 2005, la giurisprudenza è poi andata oltre, interpretando in maniera estensiva la portata stessa del concetto di violazione o elusione del giudicato; in più occasioni i giudici hanno affermato che si può ravvisare nullità non solo quando gli atti elusivi siano stati adottati dopo la formazione del giudicato formale, ma anche quando essi siano stati adottati dopo la pubblicazione della

¹³ Per un maggiore approfondimento sulla nullità per mancanza di elementi essenziali: Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 2012, Pagg. 485- 486; Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 2017, Pagg. 399 e ss; in giurisprudenza, tra le altre, si ricordano: Cons. Stato, IV, 24 maggio 2016, n. 2202; T.A.R. Campania, Napoli, VII, 25 maggio 2015, n. 2882.

¹⁴ In relazione a questo aspetto si collega anche la definizione dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, che con specifico riguardo alla forma dell'atto, esclude "la violazione di norme sulla forma degli atti" dallo stesso ambito dell'annullabilità, ove essa riguardi provvedimenti vincolati.

¹⁵ Va tuttavia segnalato che l'indirizzo maggioritario, ritiene che il legislatore tramite detta norma intenda distinguere i casi in cui manchi assolutamente la norma attributiva del potere, rispetto ai casi, invece, in cui sia riscontrabile un mero difetto relativo, facendo così rientrare nella prima ipotesi l'incompetenza assoluta e la carenza in astratto di potere, mentre nella seconda un concetto di carenza in concreto di potere, come tale riconducibile al concetto generale di "cattivo uso del potere" e quindi vizio di annullabilità. Per un approfondimento in materia, a livello dottrinale: Caringella F., *Compendio di diritto amministrativo*, cit., Pag. 488; Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 2017, Pagg. 409 e ss; a livello giurisprudenziale: Corte Cass., Sezioni Unite, 7 febbraio 2007, n. 2688 (in contrasto all'opinione maggioritaria), Cons. Stato, VI, 19 febbraio 2016, n. 677; T.A.R. Puglia, Bari, III, 6 aprile 2017, n. 375 (sulla carenza in concreto di potere degradata a cattivo uso dello stesso).

¹⁶ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 19 marzo 1984, n. 6; in senso analogo anche successive sentenze tra cui: Cons. Stato, VI, 26 ottobre 1984, n. 664; Cons. Stato, VI, 31 gennaio 1986, n. 78; Cons. Stato, IV, 2 ottobre 1989, n. 645; Cons. Stato, IV, 20 marzo 1992, n. 304; Cons. Stato, IV, 14 febbraio 2000, n. 757.

¹⁷ Cons. Stato, IV, 7 maggio 1991, n. 343.

¹⁸ Cons. Stato, IV, 26 marzo 1992, n. 335.

sentenza di primo grado e nelle more della definizione del giudizio di appello, poi conclusosi con la conferma della sentenza del primo giudizio.

La giurisprudenza amministrativa, addirittura, in anni recenti, ha ritenuto che l'art. 21 septies possa trovare applicazione anche con riferimento ai provvedimenti adottati in violazione o elusione delle statuizioni contenute in ordinanze cautelari non più soggette a gravame¹⁹.

Quindi, nonostante vi siano sempre state anche decisioni in senso contrario²⁰, sulla base di un principio di equivalenza tra giudicato e giudicato cautelare, viene proposta da parte della giurisprudenza una nozione di giudicato ampia e comprensiva di tutte le pronunce aventi efficacia immediatamente esecutiva²¹.

Detta visione interpretativa che amplia il concetto di giudicato ai fini della valutazione della nullità per violazione o elusione, ha condotto anche ad un intervento del legislatore che, attraverso l'art. 114, comma 4, lettera c), del Codice del processo amministrativo, dispone che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice possa dichiarare "l'inefficacia" degli atti emessi in violazione od elusione anche di "sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti".

Pertanto, dalla lettura dell'articolo sopra citato, si può dedurre che gli atti adottati dalla Pubblica Amministrazione in violazione o elusione del provvedimento giurisdizionale non ancora definitivo siano da ritenersi colpiti da inefficacia e non da nullità²².

Ciò posto, nonostante una accertata apertura di parte della giurisprudenza, di fronte al dettato normativo non sembra possibile un'interpretazione di tipo estensivo del concetto di giudicato, atteso che il legislatore ha sempre mantenuto distinte le due fattispecie di nullità e di inefficacia²³.

Sulla possibilità di estensione della nozione di giudicato ai fini della dichiarazione di nullità di un provvedimento non definitivo quindi, allo stato, sembra doversi concludere in senso negativo, perlomeno fino ad un futuro intervento legislativo ovvero ad una eventuale decisione della Corte Costituzionale sulla distinzione dei concetti di nullità ed inefficacia.

La questione della nullità per violazione o elusione del giudicato, quindi, anche antecedentemente all'emanazione del Codice del processo amministrativo, ed a maggior ragione oggi, si intreccia con il tema processuale del giudizio di ottemperanza, ossia con quel particolare giudizio, disciplinato dagli artt. 112 e seguenti del Codice del processo amministrativo, che consente di portare a esecuzione sentenze non eseguite dall'amministrazione²⁴.

Il vizio di nullità è dunque strettamente funzionale al rimedio giurisdizionale dell'ottemperanza; per l'effetto, in presenza di un atto amministrativo che contrasti con un giudicato, il cittadino non può essere costretto ad attivare un nuovo giudizio di cognizione ordinario, con il rischio di nuove impugnazioni, venendo a lui data piuttosto la possibilità di attivare un giudizio specifico che consenta di ottenere l'utilità ingiustamente negata²⁵.

Tuttavia, occorre sottolineare la necessità di distinguere quando emerga una esecuzione scorretta del giudicato amministrativo ovvero quando ci si trovi di fronte a un nuovo e diverso esercizio del potere.

Secondo le elaborazioni più recenti, affinché si possa ravvisare il vizio di nullità per violazione ed elusione del giudicato, è necessario che l'amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con azione di sviamento di potere²⁶.

¹⁹ T.A.R. Sicilia, Catania, II, 11 ottobre 2016, n. 2539.

²⁰ Si segnala, in senso contrario: T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, I, 20 novembre 2015, n. 1121.

²¹ Cons. Stato, V, 7 giugno 2013, n. 3133.

²² Si precisa che il legislatore utilizza il termine "inefficacia", termine che risente della preoccupazione di non voler qualificare come nulli gli atti in contrasto con pronunce che potrebbero essere successivamente riformate tramite un giudizio in appello. Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 2005, Pag. 525; De Vita A., *Il giudizio di ottemperanza*, Pagg. 12-13, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³ Esempificativo della differenza tra le due ipotesi di invalidità è il fatto che la normativa riconduca alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, del Codice del processo amministrativo, soltanto le controversie riguardanti gli atti nulli in violazione o elusione del giudicato e non anche quelle relative agli atti inefficaci.

²⁴ Anche la giurisprudenza recente sottolinea che la riproposizione da parte dell'amministrazione di una ragione ostativa già confutata in precedenti pronunce divenute irrevocabili costituisca attività meramente elusiva del giudicato e pertanto affetta da vizio di nullità. In senso conforme: T.A.R. Campania, Napoli, I, 30 novembre 2016, n. 5543.

²⁵ Sulla connessione con il giudizio di ottemperanza: Clarich M., *Procedimento amministrativo*, Clarich M. e Fonderico G. (a cura di), Itinera, Guide giuridiche ipsoa, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2014, Pagg. 709-710.

²⁶ Cons. Stato, V, 28 febbraio 2006, n. 861; V, 23 novembre 2007, n. 6018.

È invece da escludersi il vizio di elusione del giudicato, quando l'amministrazione sia tornata sulla vicenda oggetto di giudicato per un fine diverso e utilizzando un potere differente da quello già esercitato, così ponendo in essere un'attività amministrativa diversa e autonoma da quella che era stata oggetto di contenzioso²⁷.

2) L'azione di nullità nel diritto amministrativo.

Tanto premesso dal punto di vista sostanziale, si intende qui esaminare, sia pure in forma assai sintetica, l'azione di nullità disciplinata dal legislatore all'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo²⁸. In precedenza, l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 aveva omesso di statuire sulla sorte processuale della nullità degli atti amministrativi, così determinando una lettura congiunta con le norme del processo civile; nel 2010, invece, con l'introduzione del Codice, l'impostazione è cambiata e l'azione di nullità è stata ricondotta nella categoria delle azioni di accertamento o dichiarative, così distinguendola dalle azioni di annullamento²⁹.

La novella legislativa, in effetti, non contempla espressamente un'azione generale di accertamento, limitandosi invece a prevedere, tramite l'art. 31, comma 4, un'azione specifica per la declaratoria di nullità degli atti amministrativi.

In particolare, il legislatore ha disposto che la relativa domanda vada proposta entro il termine di decadenza di 180 giorni, così distinguendo tale disciplina dalle previsioni civilistiche che contemplano la rilevabilità della nullità senza limiti di tempo.

Peraltro l'art. 31 del Codice del processo amministrativo, nell'ambito delle azioni di accertamento, tratta l'azione di nullità unitamente a quella concernente il silenzio; stante l'eterogeneità dei due istituti ne deriva una certa incoerenza della struttura normativa, probabilmente dovuta alla genesi storica della disposizione in questione³⁰.

È incontestabile che nel diritto amministrativo l'introduzione di termini rigidi di decadenza, persegue l'obiettivo di assicurare una maggiore certezza nelle situazioni giuridiche, evitando il rischio di una contestazione indefinita nel tempo³¹. Tuttavia, la previsione e l'istituzione di un termine all'azione di accertamento possono risultare intrinsecamente contraddittorie rispetto alla nozione stessa di nullità, evidenziandosi come il termine stabilito sia particolarmente breve (180 giorni), con la conseguenza che potrebbe trattarsi di una sorta di annullabilità rinforzata.

Nonostante la presenza del termine, infatti, l'atto nullo rimane improduttivo di effetti, anche dopo la scadenza di esso, e l'azione di nullità può essere sempre opposta dalla parte resistente o può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Anche questa articolazione normativa disposta dal legislatore, è fonte di incertezza tra gli interpreti, in primo luogo in riferimento alla espressione "parte resistente", che sembra rapportarsi ai casi in cui la sola

²⁷ Cons. Stato, IV, 6 ottobre 2003, n. 5820; Clarich M., *Procedimento amministrativo*, Clarich M. e Fonderico G. (a cura di), Itinera, Guide giuridiche ipsoa, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2014, pag. 711.

²⁸ Sull'azione di nullità: Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Fracchia F. (a cura di), 15 ed., Giuffrè, Milano, 2013, Pagg. 918-919; Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 2012, Pag. 573; Bonetti T., Sau A., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Fascicolo 2, 2015, Pagg. 271 e ss; Sassani B., *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in www.judicium.it.

²⁹ Sulla fattispecie dell'azione di accertamento: Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, Pagg. 207-208.

³⁰ Per completezza risulta utile precisare che analizzando i lavori preparatori del Codice del processo amministrativo è possibile desumere che nella fase finale e definitiva della sua stesura, si era reso necessario l'inserimento di un'apposita norma disciplinate processualmente la nullità dell'atto amministrativo, in esito ai pareri resi dalle competenti commissioni parlamentari. Tale esigenza era sostenuta da molte parti, per eliminare l'incertezza che da sempre aveva contraddistinto l'azione giudiziale legata a tale istituto sul piano processuale.

Tuttavia, i pareri delle commissioni parlamentari giunsero solo a pochi giorni dal termine di scadenza della legge delega n. 69 del 2009, per cui si è optato per la frettolosa aggiunta del comma 4 dell'art. 31, al fine di dare ingresso a tale istituto, atteso l'incalzare del termine di scadenza della delega; Stecca F., *La disciplina processuale della nullità amministrativa e poteri ufficiosi del giudice*, in www.diritto.it.

³¹ Sul punto si richiama la sentenza della Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 97, decisione nella quale la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'articolo 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo sul termine decadenziale di 120 giorni dell'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi.

amministrazione si difenda avanti al giudice amministrativo, così determinando una sorta di perpetuità della eccezione.

In secondo luogo, dubbi ha suscitato la previsione normativa che consente al giudice di poter sempre rilevare d'ufficio la nullità³².

Tuttavia, in un'ottica di distinzione e poi di coordinamento del profilo sostanziale e del profilo processuale della rilevabilità d'ufficio delle azioni di nullità, è stata sottolineata la impossibilità di salvare le azioni proposte oltre il termine di decadenza.

Il Giudice può dunque rilevare la nullità, ma solo nell'ambito di un ricorso considerato ricevibile e dunque proposto entro i termini, nel rispetto del principio della domanda; ne deriva che, di fronte ad un giudizio tardivamente istaurato, l'organo giudicante non possa pronunciare azione di nullità sostanziale o analizzare questioni attinenti al merito, ma debba limitarsi a una pronuncia di rito.

Il rilievo d'ufficio del giudice non pare neppure possibile nell'ipotesi in cui siano contestati atti o comportamenti posti in essere sulla base di un atto nullo, nell'ambito di un ricorso in cui si prescinda dalla esplicita denuncia della causa di nullità.

Se si ritenesse infatti ammissibile che, nell'ambito di un giudizio di annullamento, il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità in favore del ricorrente, si finirebbe, di fatto, per rimettere in termini quest'ultimo rispetto ad una azione di nullità non esercitata.

Muovendo da tali considerazioni se ne potrebbe dedurre che il rilievo d'ufficio del giudice sarebbe esercitabile solo in favore dell'amministrazione, nel caso in cui la declaratoria di nullità dell'atto presupposto conduca al rigetto dell'azione intentata dal ricorrente.

Tuttavia questa conclusione porterebbe ad interpretare l'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo, come una norma fuori sistema, in quanto in possibile contrasto con i principi di ragionevolezza ed espressione di un principio diverso e antitetico rispetto a quello dispositivo che governa la materia processuale nel suo complesso.

In altre parole, il potere-dovere di intervenire d'ufficio per l'organo giudicante, se posto in relazione al principio della domanda ai sensi degli artt. 99 e 112 del Codice di procedura civile, comporterebbe conseguenze diverse a seconda del ramo processuale preso in considerazione.

L'aspetto della rilevabilità d'ufficio della causa di nullità, dunque, mantiene forti aspetti di criticità, suscitando differenti interpretazioni e problematiche che si riflettono anche sul regime di nullità per il vizio di violazione o elusione del giudicato³³.

3) La deroga alla disciplina processuale dell'azione di nullità prevista dall'art. 31, comma 4, primo periodo, del Codice del processo amministrativo, per violazione o elusione del giudicato.

La denuncia della nullità dell'atto per violazione o elusione del giudicato segue una disciplina processuale differente rispetto agli altri casi di nullità previsti dall'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990.

Prima dell'introduzione del Codice del processo amministrativo la giurisprudenza si divideva circa i termini di impugnabilità del provvedimento nullo per violazione o elusione del giudicato; da un lato si riteneva che nel caso di provvedimento nullo la violazione o elusione del giudicato potesse essere fatta valere in ogni tempo, dall'altro lato veniva ammessa solo nel termine decennale di prescrizione dell'azione, non avendo l'interessato bisogno di impugnare l'atto con un ordinario ricorso giurisdizionale, soggetto a decadenza³⁴.

Ora, invece, con l'avvento del Codice del processo amministrativo, il legislatore ha previsto che le disposizioni relative all'azione di nullità, di cui all'art. 31, comma 4 del Codice, "non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del libro IV"; così determinando che, nell'ambito delle azioni di nullità per violazione o elusione del giudicato, la dichiarazione debba necessariamente avvenire in sede di giudizio di ottemperanza.

Le previsioni del Titolo I del Libro IV, richiamate dal comma 4 dell'art. 31 del Codice e ritenute applicabili nell'ipotesi di nullità per violazione o elusione del giudicato, non contengono alcun riferimento all'azione

³²Il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio una causa di nullità, non può subire alcun temperamento a causa della mancanza della domanda di parte, atteso che il giudice è sempre tenuto a dichiarare d'ufficio una nullità testuale: T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 21 dicembre 2012, n. 2752.

³³ Sulle problematiche inserite all'interno dell'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo: Veltri G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Sull'impugnabilità dei provvedimenti amministrativi in elusione o violazione del giudicato: Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, Pag. 427.

processuale effettivamente da attuare, limitandosi a rinviare alle norme proprie del giudizio di ottemperanza.

Pertanto, mentre in passato appariva dubbio se il giudizio di ottemperanza fosse volto a sanzionare sia gli inadempimenti di carattere violativo che quelli di carattere elusivo del giudicato, attualmente con l'introduzione dell'art. 21 septies, che chiaramente equipara le due ipotesi, la contrapposizione tra elusione e violazione deve ritenersi superata, ancor di più a livello processuale, ove viene prevista una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice dell'ottemperanza³⁵.

Tuttavia, anche tale disposizione che esplicitamente devolve le controversie in materia di nullità per violazione o elusione del giudicato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in particolare al giudice dell'ottemperanza, è stata oggetto di dibattito dottrinale³⁶.

Una parte degli studiosi ha criticato la scelta adottata dal legislatore, in quanto la devoluzione della competenza ad un solo giudice non consente di fare emergere la distinzione tra diritti ed interessi³⁷.

Altra parte della dottrina invece, ha ritenuto tale disposizione normativa opportuna in quanto essendo assai stretto il discrimine tra nullità ed annullabilità, data la frequente difficile fase dell'esecuzione del giudicato, appare utile affermare la giurisdizione del giudice amministrativo a prescindere dalla situazione soggettiva coinvolta, così inquadrando il procedimento di nullità per violazione o elusione del giudicato come una sorta di rito speciale di ottemperanza³⁸.

Seguendo tale orientamento, parte della dottrina ha precisato ulteriormente che il giudice dell'ottemperanza, non incontrando limiti nella distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, possa giudicare altresì per l'esecuzione delle sentenze del giudice civile, che per loro natura riguardano sempre diritti soggettivi; pertanto la esplicita previsione dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, in riferimento alla giurisdizione esclusiva di detto giudice, persegue l'intento di evitare, per questa ipotesi di nullità, la devoluzione della controversia al giudice ordinario³⁹.

Dunque, contro il provvedimento violativo od elusivo del giudicato, non va mai attivato un nuovo giudizio di cognizione, dovendo invece essere esperito un ricorso in ottemperanza, nel termine di prescrizione previsto per l'*actio iudicati*, fissato in dieci anni⁴⁰.

Ai fini dell'azione di nullità, quindi, si può concludere che il termine di decadenza di 180 giorni, previsto nel primo periodo dell'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo, valga solo per le nullità strutturali e per il difetto assoluto di attribuzione, non essendo invece ammissibile nel caso di violazione o elusione del giudicato, per il quale è da ritenersi invece applicabile il termine di prescrizione ordinaria di dieci anni, previsto per l'azione avanti al giudice dell'ottemperanza⁴¹.

Tale impostazione processuale può altresì essere interpretata come strumento specifico per il superamento del breve termine di impugnazione previsto a livello generale, riconducendo infatti le ipotesi di nullità per violazione o elusione del giudicato al termine prescrizione di dieci anni, da cui emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di offrire una garanzia rafforzata per il privato.

³⁵ Si precisa che l'art. 114 del Codice del processo amministrativo, a proposito del giudizio di ottemperanza, si limita a replicare il secondo comma dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, contenente la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le questioni inerenti la nullità dei provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato; D'Orsogna M., *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, Pagg. 314 e ss.

³⁶ Sul dibattito dottrinale sul punto, appare chiaro il richiamo effettuato da Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, Pag. 431; in argomento: Mazarrolli L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della L. n. 241/1990, introdotto con la L. n. 15 del 2005)*, in *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, fascicolo III, settembre 2006, Pagg. 562 e ss.

³⁷ Circa la lettura critica della previsione di giurisdizione esclusiva in ipotesi di violazione o elusione del giudicato: Scoca F.G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettera critica*, in San Luca G.C. (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Giappichelli Editore, Torino, 2005.

³⁸ Di segno opposto alla visione critica, Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, Pag. 488.

³⁹ Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, Pag. 379.

⁴⁰ Tra le altre: T.A.R. Sicilia, Catania, III, 25 luglio 2017, n. 1942, in cui il Collegio dispone che presupposto per il giudizio avanti al giudice dell'ottemperanza, nel termine di prescrizione di dieci anni, è l'ipotesi di inerzia totale o parziale dell'amministrazione o di atti violativi o elusivi del giudicato. Laddove invece, l'atto successivo al giudicato non sia elusivo o violativo, ma autonomamente lesivo, va ritenuto azionabile il rimedio del ricorso ordinario.

⁴¹ Sul punto, Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, Pag. 379.

Nonostante l'apparente chiarezza espositiva, anche l'utilizzo della espressione "prescrizione" ha dato origine a dibattito, in quanto tale termine è da ritenersi soggetto a interruzione ai sensi del Codice Civile⁴², conformemente al principio del giusto processo delineato all'art. 111 della Costituzione, richiamato altresì dall'art. 2 del Codice del processo amministrativo⁴³.

Ulteriore conferma della necessaria riconduzione dell'azione di nullità nell'ambito del giudizio di ottemperanza, deriva dall'analisi della decisione n. 2 del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, del 2013, in cui è stata esclusa la possibilità di una conversione in giudizio di ottemperanza di un'azione impostata con rito ordinario.

Essendo il giudice dell'ottemperanza, il solo competente in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività amministrativa successiva al passaggio in giudicato della sentenza e per l'accertamento della eventuale nullità di tali atti⁴⁴, ne consegue che, solo al giudice dell'ottemperanza potrebbe essere proposta una domanda di conversione in giudizio di annullamento e non viceversa⁴⁵.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha altresì sottolineato che, in ipotesi di congiunta devoluzione al medesimo giudice di una impugnazione in ottemperanza per atti in violazione o elusione del giudicato e di un ricorso per legittimità, ove si prospettano numerosi vizi, attinenti ai medesimi atti, il giudice dell'ottemperanza, nel caso in cui ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione o elusione del giudicato, ne deve dichiarare in via principale la nullità, con conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda⁴⁶.

Viceversa nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza concluda per il rigetto della domanda di nullità, dovrà, lui stesso, disporre la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio avanti al giudice competente per la cognizione, comunque tenendo presente i presupposti e i termini della relativa azione; per esempio nell'ipotesi di conversione da giudizio di ottemperanza a giudizio di annullamento è necessario che il ricorso sia stato proposto nel rispetto del termine decadenziale di sessanta giorni, non valendo per tale azione il più ampio termine di dieci anni.

Infine, tale necessario utilizzo del giudizio di ottemperanza nelle ipotesi di violazione o elusione del giudicato, è sottolineato altresì dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di ampiezza del *thema decidendum*, oggetto di tale particolare giudizio. Il Consiglio ha ancora di recente affermato il principio di diritto in forza del quale avanti al giudice dell'ottemperanza possa essere dedotta non solo l'inerzia della Pubblica amministrazione, ma anche un "facere", quale comportamento attivo attraverso cui si realizza un'ottemperanza parziale o inesatta, ovvero una violazione o elusione attiva del giudicato, incombenendo sulla amministrazione un obbligo di leale cooperazione per la concreta attuazione della sentenza⁴⁷.

4)La rilevabilità d'ufficio dell'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato.

Ciò posto sulla competenza del giudice dell'ottemperanza nell'ipotesi di violazione o elusione del giudicato e in merito alla inapplicabilità dei termini di decadenza previsti per l'azione di nullità di cui all'art. 31, comma 4 del Codice, appare opportuno concentrare l'attenzione sullo specifico aspetto della rilevabilità d'ufficio del vizio violativo o elusivo di una precedente decisione, passata in giudicato.

Come già sopra specificato, con l'introduzione dell'art. 31, comma 4 del Codice del processo amministrativo, il Legislatore ha dettato una complessa disciplina positiva dell'azione di accertamento della nullità di un atto amministrativo, per un verso prevedendo che l'azione debba essere proposta entro il termine decadenziale di centottanta giorni decorrenti dalla piena conoscenza dell'atto medesimo, per altro

⁴² Il tema dell'interruzione della prescrizione è regolato agli artt. 2943 e ss. del Codice Civile.

⁴³ Sulla previsione del termine di dieci anni per la proposizione dell'azione avanti al giudice dell'ottemperanza, come prescrizione e non di decadenza e come tale, sottoposto a possibili eventi interruttivi: Cons. Stato, V, 18 ottobre 2011, n. 5558; C.G.A.R., Sicilia, 11 dicembre 2017, n. 544.

⁴⁴ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 16 gennaio 2013, n. 2; Bonetti T. e Sau A., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, cit., Pagg. 280-281.

⁴⁵ Di conseguenza è necessario che per procedere alla conversione ne sussistano i presupposti e siano rispettati i termini per l'instaurazione del giudizio in cui si converte l'azione; De Vita A., *Il giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, Pag. 17; inoltre, il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato l'ammissibilità del cumulo tra azione di annullamento di atti amministrativi in sede di cognizione e azione di nullità in sede di ottemperanza, anche in successive pronunce: tra le altre: Cons. Stato, ord., III, 12 maggio 2017, n. 2244.

⁴⁶ Cons. Stato, IV, 25 giugno 2013, n. 3940.

⁴⁷ Cons. Stato, V, 20 aprile 2015, n. 2002.

verso recependo gli aspetti tipici della disciplina della nullità, quali quelli della opponibilità *in perpetuum* e della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice.

Sul punto l'ultimo periodo del citato comma 4, dell'art. 31, del Codice del processo amministrativo, lascia chiaramente intendere che le nullità degli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato vanno dedotte con azione di ottemperanza da proporsi innanzi al giudice competente.

Se ne deduce che la nullità derivante da violazione o elusione del giudicato, come già sopra analizzato, viene sottoposta ad un regime processuale particolare che la differenzia in modo significativo dalla categoria generale: infatti da un lato non soggiace al termine di decadenza di centottanta giorni, dall'altro lato si sottrae al regime dell'opponibilità e della rilevabilità d'ufficio proprio delle nullità.

Tuttavia, anche sulla questione della rilevabilità d'ufficio, ancora una volta, occorre distinguere due differenti tesi.

La giurisprudenza, in alcune decisioni, ha ritenuto di escludere comunque la possibilità di una rilevabilità d'ufficio, basandosi sulla lettura testuale della disposizione normativa di cui all'ultimo periodo dell'art. 31, comma 4, in forza del quale il legislatore, proprio in ragione della inapplicabilità delle disposizioni relative alle diverse forme di nullità, sembra voler escludere la rilevabilità d'ufficio per violazione o elusione del giudicato.

Esclusione della rilevabilità d'ufficio anche per ragioni di coerenza con la specialità del giudizio di ottemperanza, disciplinato all'art. 114 del Codice, nell'ambito del quale non può trovare applicazione la normativa generale sui contratti, enunciata all'art. 1421 del Codice Civile, in forza del quale il vizio di nullità può essere rilevato da chiunque ne abbia interesse ed anche dal giudice d'ufficio⁴⁸.

Differente l'opinione manifestata dal Consiglio di Stato in una pronuncia del 2016 proprio nell'ambito di un giudizio di ottemperanza; il Consiglio ha chiarito che, ai fini della declaratoria di nullità di atti emanati in violazione o elusione del giudicato, non è necessaria la loro formale impugnazione e quindi la proposizione della relativa domanda di nullità, affinché il giudice dell'ottemperanza possa esercitare anche d'ufficio il relativo potere⁴⁹.

A sostegno di tale decisione, si fa riferimento ancora una volta alla sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria n. 2 del 2013 che ha identificato nel giudizio di esecuzione la sede processuale naturale dello scrutinio dell'esatta conformazione degli obblighi nascenti da giudicato ed anche in relazione alla norma di cui all'art. 31, comma 4, del Codice del processo amministrativo, che, al suo ultimo periodo, dichiara espressamente inapplicabile al giudizio di ottemperanza le disposizioni previste per le diverse forme di nullità, così evidenziando la differente modulazione del potere d'ufficio del giudice nelle due forme di giudizio di dichiarazione della nullità.

Nel caso delle nullità di cui ai primi periodi del comma 4, dell'art. 31 del Codice, infatti, il rilievo d'ufficio si presenta come eccezione rigorosamente delimitata al principio della domanda; nel caso, invece, della nullità per violazione o elusione del giudicato, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, è da ritenersi comunque possibile l'intervento d'ufficio, ancorché l'atto elusivo non sia stato oggetto di specifica impugnazione.

Addirittura il Consiglio di Stato nella sopra richiamata pronuncia del 2016 ha affermato che, ai fini della possibilità di un suo intervento di ufficio, non sia neppure necessaria l'indicazione degli estremi di un provvedimento amministrativo elusivo in sede di ricorso, ancorché adottato prima della proposizione del giudizio di ottemperanza⁵⁰.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, deve perciò ritenersi ammissibile ed in ogni caso procedibile il ricorso per esecuzione del giudicato proposto ai sensi dell'art. 112 del Codice del processo amministrativo, anche se non vi sia stata esplicita impugnazione del provvedimento elusivo del giudicato, non potendosi ravvisare alcun tipo di preclusione o decadenza in conseguenza della mancata impugnazione⁵¹.

Seguendo detta tesi si può pertanto concludere che, non assume rilievo determinante ai fini della decisione, né la mancanza nel ricorso per ottemperanza di una censura diretta, né la proposizione di motivi aggiunti

⁴⁸ Sull'inammissibilità della rilevabilità d'ufficio della nullità per violazione o elusione del giudicato: Cons. Stato, VI, 19 agosto 2014, n. 4267; T.A.R. Sicilia, Catania, II, 10 novembre 2016, n. 2900.

⁴⁹ Cons. Stato, III, 22 giugno 2016, n. 2769; con relativo nota a sentenza di Caringella F. *Ottemperanza, mancata impugnazione dell'atto elusivo e conseguenze dell'annullamento di un affidamento diretto*, in www.italiappalti.it; in senso conforme anche: Cons. Stato, III, 25 settembre 2017, n. 4467.

⁵⁰ Cons. Stato, III, 22 giugno 2016, n. 2769.

⁵¹ Cons. Stato, III, 22 giugno 2016, n. 2769; Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, Pag. 379; De Vita A., *Il giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, Pagg. 9-10.

nel caso di atto elusivo o violativo del giudicato in corso di causa: infatti, nell'ipotesi in cui sia sopravvenuto un provvedimento che il privato ricorrente reputi nullo, non è necessaria la rituale impugnazione affinché il giudice dell'ottemperanza sia investito del potere di decidere. Analogamente, non è considerato indispensabile che la parte ricorrente indichi esplicitamente nella sua epigrafe gli estremi del provvedimento sopravvenuto come oggetto di impugnazione, essendo ricompresa nel *petitum* la richiesta di rimuovere l'atto viziato.

Così ulteriormente ribadendo il carattere strumentale della procedura di cui all'art. 114 del Codice del processo amministrativo, nella scelta di politica legislativa di conformare il comportamento dell'amministrazione alle statuizioni derivanti da "*dictum*" giudiziali.

Tuttavia quest'ultima analisi non convince a pieno l'intera giurisprudenza amministrativa, in quanto, ancora in recenti decisioni, i Collegi dei Tribunali Amministrativi Regionali, mantengono ferma l'interpretazione letterale della norma, escludendo la rilevabilità d'ufficio della nullità per violazione o elusione del giudicato.

Nonostante la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ammetta la rilevabilità d'ufficio della nullità⁵², la giurisprudenza di merito, tuttavia, continua ad escludere la rilevabilità d'ufficio nella ipotesi di nullità per violazione o elusione del giudicato; da un lato, ritenendo che il rinvio al giudizio di ottemperanza per tali categorie di nullità, comporti la necessaria azione ex art. 114 del Codice del processo amministrativo, dall'altro lato facendo riferimento al tenore letterale della disposizione, ove dispone l'inapplicabilità del comma 4 dell'art. 31 e delle sue prescrizioni per le nullità per violazione o elusione del giudicato⁵³.

Tali recenti decisioni, alla base del loro ragionamento, ribadiscono sia i principi processuali della domanda, che i principi della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, da cui si desume che la rilevabilità d'ufficio di un vizio non potrebbe avere una funzione di supplenza, rispetto a quanto è onere della parte ricorrente.

Il principio della rilevabilità d'ufficio di un atto amministrativo deve comunque coordinarsi con le regole fondamentali del contraddittorio e della domanda tipiche del processo amministrativo, sì che una pronuncia di declaratoria di nullità di un atto per violazione o elusione del giudicato può conseguire solo ad una rituale denuncia di violazione o falsa applicazione della norma di cui all'art. 2909 del Codice Civile e dei principi in tema di elementi costitutivi e di efficacia della cosa giudicata⁵⁴.

(8 luglio 2019)

⁵² Di particolare interesse una recente decisione del Consiglio di Stato in cui viene ritenuto applicabile il principio di rilevabilità d'ufficio della nullità qualora la declaratoria risulti funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio: Cons. Stato, IV, 3 gennaio 2018, n. 28.

⁵³ T.A.R. Campania, Napoli, VII, 15 novembre 2018, n. 6630.

⁵⁴ T.A.R. Liguria, II, 10 giugno 2019, n. 523; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, I, 9 luglio 2018, n. 242; T.A.R. Campania, Napoli, II, 28 febbraio 2018, n. 1287; T.A.R. Sicilia, Catania, II, 10 novembre 2016, n. 2900; Cons. Stato, IV, 18 ottobre 2006, n. 6241.