

Giudizio di ottemperanza e connessa domanda di risarcimento del danno alla luce dell'Ad. Plen. n. 2 del 15 gennaio 2013.

- **Francesco Foggia**
Avvocato del foro di Napoli

- Le massime

Da Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2

“Il giudice dell’ottemperanza è il giudice naturale della conformazione dell’attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto”.

“Il giudizio di ottemperanza presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, talune riconducibili alla ottemperanza come tradizionalmente configurata; altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della Pubblica Amministrazione; altre ancora aventi natura di cognizione, e che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell’ottemperanza il giudice competente, e ciò anche a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio di merito (principio che peraltro, come è noto, non ha copertura costituzionale)”

“La disciplina dell’ottemperanza, lungi dal ricondurre la medesima solo ad una mera azione di esecuzione delle sentenze o di altro provvedimento ad esse equiparabile, presenta profili affatto diversi, non solo quanto al «presupposto» (cioè in ordine al provvedimento per il quale si chieda che il giudice disponga ottemperanza), ma anche in ordine al contenuto stesso della domanda, la quale può essere rivolta ad ottenere:

a) l’«attuazione» delle sentenze o altri provvedimenti ad esse equiparati, del giudice amministrativo o di altro giudice diverso da questi, con esclusione delle sentenze della Corte dei Conti (Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003 n. 2823; Sez. VI, ord. 24 giugno 2003 n. 2634) e del giudice tributario, o, più in generale, di quei provvedimenti di giudici diversi dal giudice amministrativo «per i quali sia previsto il rimedio dell’ottemperanza» (art. 112, comma 2). E già in questa ipotesi tradizionale, l’ampiezza della previsione normativa impedisce – come è noto - di ricondurre la natura dell’azione a quella di una mera azione di esecuzione;

b) la condanna «a pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza» art. 112, comma 3). In questa ipotesi, l’azione è evidentemente attratta dal giudizio di ottemperanza, poiché le somme ulteriori, al pagamento delle quali l’amministrazione è tenuta, hanno natura di obbligazioni accessorie di obbligazioni principali, in ordine alle quali si è già pronunciata una precedente sentenza o provvedimento equiparato);

c) il «risarcimento dei danni connessi all’impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato» (art. 112, comma 3). In questo caso l’azione, che viene definita risarcitoria dallo stesso Codice, non è rivolta all’ «attuazione» di una precedente sentenza o provvedimento equiparato, ma trova in questi ultimi solo il presupposto. Si tratta, a tutta evidenza, di una azione nuova, esperibile proprio perché è l’ottemperanza stessa che non è realizzata, e in ordine alla quale la competenza a giudicare è, per evidenti ragioni di economia processuale e quindi di

effettività della tutela giurisdizionale (a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio), attribuita al giudice dell'ottemperanza;

d) la declaratoria della nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato (art. 114, comma 4), e ciò sia al fine di ottenere – eliminato il diaframma opposto dal provvedimento dichiarato nullo – l'attuazione della sentenza passata in giudicato, sia per ottenere il risarcimento dei danni connessi alla predetta violazione o elusione del giudicato (art. 112, comma 3, ult. parte); danni questi ultimi che possono derivare sia dalla ritardata attuazione del giudicato (per avere invece l'amministrazione emanato un provvedimento nullo), sia direttamente (e distintamente) da tale provvedimento, una volta verificato l'effetto causativo di danno.

e) a tale quadro, va aggiunto il ricorso, ex art. 112, comma 5, proposto al fine di «ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza»: anche questo non presenta caratteristiche che consentano di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza. Ciò emerge anzitutto dalla stessa terminologia usata dal legislatore, il quale - lungi dall'affermare che è l'«azione di ottemperanza» ad essere utilizzabile in questi casi - afferma che è «il ricorso» introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l'atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile, ma risulta anche chiaro dalla circostanza che, a differenza dell'azione di ottemperanza, che è naturalmente esperita dalla parte già vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altra procedura a questa equiparabile, in questo caso il ricorso appare proponibile dalla parte soccombente (e segnatamente dalla Pubblica Amministrazione soccombente nel precedente giudizio)».

“Qualora in sede di esecuzione sia stato emesso un ulteriore provvedimento sfavorevole per chi sia vincitore in un precedente giudizio di annullamento, l'interessato può contestare l'atto sopravvenuto con un unico ricorso, proposto entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 del codice del processo amministrativo, e può formulare sia censure di legittimità che censure che ne lamentano la nullità per elusione del giudicato, spettando al giudice amministrativo la qualificazione dell'attività amministrativa in rapporto al precedente giudicato”.

- Il commento

Sommario: 1. Funzione del giudizio di ottemperanza alla luce della recente giurisprudenza amministrativa; 2. La proponibilità della domanda risarcitoria nel giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza precodificativa; 3. Il cumulo di domande nel nuovo codice di procedura amministrativa; 4. Il danno risarcibile in sede di ottemperanza; 5. Proponibilità della domanda risarcitoria innanzi al Consiglio di Stato, in funzione di giudice dell'ottemperanza.

1. Funzione del giudizio di ottemperanza alla luce della recente giurisprudenza amministrativa.

L'attenzione dedicata al giudizio di ottemperanza dalla più recente giurisprudenza amministrativa dimostra l'interesse per tale tipologia di giudizio, il quale, a ben vedere, rappresenta proprio il luogo finalizzato a dare effettività ad una precedente pronuncia e attribuire concretezza a quella giustizia che, con la sua pronuncia, il giudice ha tentato di portare nel rapporto tra privato e amministrazione. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 15 gennaio 2013 riprende tale visione del giudizio di ottemperanza, il quale non può essere ridotto ad uno strumento di mera esecuzione di una decisione già resa da un giudice, ma costituisce forse il luogo privilegiato per dare attuazione al principio sancito all'art. 100 della Carta costituzionale, che vede nel giudice amministrativo l'organo deputato a tutelare *la giustizia nell'amministrazione*, nonché all'art. 1 del Codice del processo amministrativo che individua il compito del giudice amministrativo in quello di assicurare *una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*: proprio in questo senso, il recente consesso della Plenaria ha definito il giudizio di ottemperanza in base alla molteplicità delle istanze che in esso il privato può farvi confluire, definendolo come un giudizio composito, in cui possono essere riversate non solo esigenze marcatamente esecutive del *dictum* giudiziale, ma anche domande di condanna e domande di accertamento della nullità dei provvedimenti emessi dalla p.a. in elusione del giudicato (art. 114 co. 4 c.p.a.) ovvero circa le modalità di corretta esecuzione dello stesso (art. 112 co. 5 c.p.a.).

La *polisemicità*, in questo senso propria del giudizio di ottemperanza (così come definita dalla sentenza in commento), trova dunque organicità alla luce del suo presupposto, che è la sentenza passata in giudicato, nonché alla luce del suo fine, che è quello di dare effettività al giudicato, riportando l'azione amministrativa sui binari della legalità, in funzione dell'interesse collettivo (ovvero, chiaramente, del diritto del singolo, nel caso in cui il giudicato abbia ad oggetto diritti soggettivi): riprendendo l'espressione utilizzata, quasi a chiosa, dall'Adunanza Plenaria, il giudice dell'ottemperanza è dunque *il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto*. Non può non vedersi, allora, tratteggiato con evidenza proprio in tale forma di giudizio, la peculiarità del giudizio amministrativo, da molti intesa come rivolto al futuro, cioè come diretta a provocare la continuazione dell'azione amministrativa alla luce

dei principi di giustizia espressi nel giudicato, piuttosto che finalizzata a giudicare su una situazione già esaurita.

Concentrare l'attenzione sul tipo di danno risarcibile nel giudizio di ottemperanza può avere la sua importanza, allora, anche al fine di saggiare i confini di tale giudizio quanto alla possibilità di contenere domande ultronee rispetto a quella classica di esecuzione di una sentenza passata in cosa giudicata.

2. La proponibilità della domanda risarcitoria nel giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza precodicistica.

Una breve premessa storica può costituire, al fine del nostro esame, un valido ausilio a verificare la genesi dell'attuale conformazione del giudizio di ottemperanza e della sua attuale duttilità.

Come noto, la possibilità di disporre il risarcimento del danno ingiusto nell'ambito del processo amministrativo, è un'introduzione pretoria che affonda le sue radici, nella memorabile sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999, la quale decretò la risarcibilità del danno derivante dalla lesione degli interessi legittimi, senza la necessità della cd. pregiudiziale amministrativa; tale espansione della sfera cognitoria del giudice amministrativo ricevette consacrazione legislativa di lì a poco, con l'art. 7 della Legge n. 205/2000, norma processuale che attribuiva direttamente al giudice amministrativo la tutela risarcitoria per i danni prodotti al privato dalla p.a., non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva, ma anche negli ordinari giudizi di legittimità¹.

Tale acquisizione da parte del giudice amministrativo ha dovuto confrontarsi ed armonizzarsi, in termini di domanda accessoria, con i riti previsti dalla procedura amministrativa, determinando, talvolta, difficili convivenze: una delle interferenze di cui si è fatto menzione, si è avuta proprio con il giudizio di ottemperanza². In questo senso, dunque, si poneva il problema dell'ammissibilità dell'inserimento della domanda tesa al risarcimento dei danni cagionati dalla pubblica amministrazione, specie nel porre in essere atti in elusione o contrari al giudicato, all'interno del rito per l'esecuzione al giudicato stesso.

Dall'analisi delle pronunce emesse dai tribunali amministrativi, si possono individuare due orientamenti: uno, maggioritario, in base al quale si riteneva inammissibile, in sede di ottemperanza, la proposizione della domanda risarcitoria, fondato

sulla convinzione che in sede di esecuzione del giudicato non possono essere proposte domande che non siano state già proposte e decise dalla sentenza da eseguire, in quanto solo il *decisum* è oggetto di esecuzione³; l'altro, minoritario, che ammetteva la proposizione, in sede di ottemperanza, della domanda risarcitoria dei danni discendenti dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, a condizione, *inter alios*, che venisse introdotta davanti al Tar, al fine di evitare la violazione del principio del doppio grado di giudizio⁴.

A ben vedere la ragione di tale disparità di opinioni può rinvenirsi nella diversa concezione dei poteri che si riconoscevano al giudice dell'ottemperanza e all'idea stessa di tale giudizio: vale a dire in merito all'ampiezza dei poteri cognitori riconosciuti al giudice dell'ottemperanza. Non sono mancati, infatti, specie nel passato, orientamenti soprattutto giurisprudenziali che hanno inteso la natura del giudizio di ottemperanza come un processo meramente di esecuzione⁵: in questo senso è chiaro che il *thema decidendum* su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi non potrà essere più ampio delle statuizioni adottate dal giudicante nella sentenza di cui si domanda l'esecuzione, senza che possa residuare spazio alcuno per l'analisi di altre questioni, come appunto quelle sottese ad una richiesta risarcitoria. Viceversa, allorché si intendeva la natura del giudizio di ottemperanza come mista di esecuzione e cognizione⁶, non vi erano difficoltà ad accogliere nel giudizio domande risarcitorie, benché queste fossero intimamente connesse a quella più propriamente esecutiva: non sfuggiva, infatti, che il giudice che indaghi sul comportamento tenuto dalla p.a. in relazione alla fase esecutiva della decisione, al fine di verificare se la stessa abbia posto in essere atti in contrasto con il giudicato, esercita chiari poteri cognitori, che possono finanche sfociare in condanne al risarcimento del danno, compatibili con la pronuncia inerente propriamente all'ottemperanza.

Altra ragione che indubbiamente frenava l'ammissibilità del cumulo della domanda risarcitoria all'interno del processo di ottemperanza era,

³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374; Sez. IV, 21 ottobre 2004, n. 6914; Sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 396

⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080

⁵ Cfr. tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332; Sez. VI, 14 novembre 2003 n. 7292

⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2009, n. 5013, nella quale si attribuisce al giudizio di ottemperanza "natura mista, di esecuzione e di cognizione". In dottrina si richiama sul punto l'opinione di CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, 852, il quale attribuisce al giudizio di ottemperanza funzione "necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione"; conforme FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano 2003, 76 ss..

¹ Sul punto si rinvia a LIETO G. M., *La giurisdizione in tema di responsabilità aquiliana della P. A. per lesione di interessi legittimi e la c. d. "pregiudiziale amministrativa". Considerazioni*, in *Dir. & Giust.*, 2002, XI, pag. 202.

² Sul punto, VIRGA G., *Sull'ammissibilità o meno dell'azione di risarcimento dei danni proposta con ricorso per ottemperanza*, in *www.lexitalia.it*, 2006, n.ri 7, 8.

senz'altro, da individuare nella normativa all'epoca vigente. Il giudizio di ottemperanza era stato storicamente inteso dal legislatore come un processo che mirava unicamente all'esecuzione delle sentenze pronunciate dai Tribunali civili (prima) e da quelli amministrativi (successivamente), senza alcuna specificazione circa l'ipotesi che nello stesso giudizio potessero trovare ingresso ulteriori e diverse domande⁷, se non quella cautelare.

Quanto al tipo di danno ingiusto, oggetto della connessa domanda risarcitoria, si riteneva che esso potesse riguardare non tutti i comportamenti tenuti dalla p.a. forieri di danno per il privato, bensì unicamente quelli successivi alla formazione del giudicato, derivanti da un'attività della p.a. esattamente connessa al ritardo o all'omissione o all'inesatta esecuzione della sentenza da eseguire⁸.

A ben vedere, dunque, il rapporto tra giudizio di ottemperanza e domanda risarcitoria era abbastanza tormentato e affidato alle concezioni personali dei giudici investiti della cognizione della domanda di ottemperanza. Non può non riconoscersi la chiarezza che, almeno sul punto, ha portato il nuovo codice del processo amministrativo⁹.

3. Il cumulo di domande nel nuovo codice di procedura amministrativa.

Il D.Lgs. n. 104/2011, in omaggio ai principi sul giusto processo di cui all'art. 111 Costituzione, nonché, in particolare, al principio di concentrazione e di economia processuale, ha previsto la possibilità del cumulo tra diverse domande, proposte con unico ricorso, benché assoggettate a riti diversi. L'art. 32 c.p.a. dispone, infatti, l'ammissibilità del cumulo di domande connesse, proposte in via principale o in via incidentale, prevedendo che nel caso in cui le diverse domande debbano trattarsi secondo riti diversi, si faccia applicazione per tutte del rito ordinario, salvo diverse specifiche disposizioni¹⁰, e salvo che la materia oggetto del ricorso non ricada tra quelle che necessitano di trattazione secondo le disposizioni del rito abbreviato, che prevalgono sugli altri riti¹¹.

⁷ Cfr. artt. 90 e 91 R. D. 17 agosto 1907, n. 642, art. 27 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, art. 21 c. 14 e 15, Legge 6 dicembre 1971, n. 1034

⁸ In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 849; 21 giugno 2006, n. 3690.

⁹ Nello stesso senso anche CHIEPPA R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 488

¹⁰ Cfr. ad esempio l'art. 117 c.p.a. che, in tema di cumulo della domanda risarcitoria con il ricorso avverso il silenzio rifiuto, dispone che il giudice ha la facoltà di trattare con il rito speciale la domanda contro il silenzio, rinviando la pronuncia della domanda risarcitoria, da trattarsi secondo le forme del rito ordinario.

¹¹ In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739; Tar Campania – Napoli, Sez. IV, 17 novembre 2010 n. 12666. Vd.

La possibilità del cumulo di domande, purché ovviamente connesse, ha reso oggi certamente ammissibile la proposizione della domanda risarcitoria unitamente alla domanda volta all'introduzione del giudizio di ottemperanza. La cumulabilità di tali domande è, peraltro, espressamente prevista e disciplinata dall'art. 112 c.p.a., non lasciando più margini di dubbio in merito a tale ipotesi di cumulo. Quanto ai riflessi sul rito da seguire, stando alla lettera del Codice, la domanda di risarcimento, rivestendo natura accessoria, sarà attratta dalla forma prevista per il giudizio di ottemperanza e, dunque, ai sensi dell'art. 87 c.p.a., si svolgerà in camera di consiglio, secondo il rito delineato per l'ottemperanza¹².

Da segnalare che, nel sistema delineato dall'originaria formulazione dell'art. 112 c.p.a., che prevedeva, al comma 4 (abrogato per effetto dell'art. 1 D.Lgs. 195/2011), la possibilità della proposizione della domanda risarcitoria ex art. 30 co. 5 c.p.a. nel contesto del giudizio di ottemperanza, il giudizio doveva svolgersi, nel caso di tale forma di connessione, eccezionalmente, nei modi e nei termini del processo ordinario.

4. Il danno risarcibile in sede di ottemperanza.

Sullo scenario delineato è allora da considerare la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013, la quale, più che vere e proprie innovazioni, ha apportato una importante e chiara ricostruzione dell'istituto così come delineato dal codice del processo amministrativo, definendo il ruolo e la fisionomia del giudizio di ottemperanza.

È necessario esaminare, a questo punto della trattazione, quali siano le ipotesi di risarcimento previste dal Codice del processo amministrativo, cumulabili con la domanda di ottemperanza, come in effetti riconosciute anche nella autorevole pronuncia in commento.

Al proposito, è possibile individuare due tipi di domande risarcitorie proponibili unitamente al giudizio di ottemperanza:

a) azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza (art. 112 co. 3, prima parte);

anche DI PAOLA N. S., *Guida al nuovo codice del processo amministrativo*, San'Arcangelo di Romagna, 2010, 92 ss.

¹² Per approfondimenti sulle norme processuali inerenti il giudizio di ottemperanza, si rinvia a TARULLO S., *Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo*, in SCOCA F.G., *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2011; FIASCONARO V., *I riti camerali nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it. Per approfondimenti in tema di procedura del rito dell'ottemperanza, si rinvia per tutti a LEONE G., *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2011, 309 – 319.

b) azione di condanna al risarcimento dei danni derivanti dalla impossibilità o comunque dalla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione (art. 112 co. 3, seconda parte).

L'originaria formulazione dell'art. 112 c.p.a. prevedeva, poi, al comma 4, la possibilità di un'ulteriore domanda risarcitoria proponibile in connessione con quella diretta all'ottemperanza del giudicato, consistente nella condanna ai sensi dell'art. 30, comma 5, diretta cioè al risarcimento del danno derivante dall'emanazione o esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo: si trattava di una vera e propria innovazione del codice del processo, che assecondava la tesi minoritaria espressa dalla giurisprudenza precodicistica, tuttavia abrogata dopo poco più di un anno di vigenza.

Passando all'analisi, dunque, delle domande risarcitorie che possono presentarsi in connessione con la domanda tesa all'ottemperanza, può rilevarsi che la prima delle domande risarcitorie si iscrive perfettamente nel contesto del carattere propriamente esecutivo del giudizio in oggetto, avendo lo stesso ad oggetto particolarmente l'esecuzione di sentenze che possano prevedere anche il riconoscimento del diritto ad una somma di danaro, il cui importo, chiaramente, deve essere attualizzato rispetto al momento della concreta soddisfazione del creditore e rispetto al quale le somme ulteriori richieste dal creditore hanno natura di obbligazioni accessorie.

Con riferimento alla domanda risarcitoria indicata sub b), invece, il legislatore ha previsto la possibilità di cumulo della domanda di ottemperanza con la domanda di risarcimento dei danni derivanti proprio dalla inattuata (e inattuabile) ritardata o inesatta esecuzione della sentenza che prevedeva una condanna della soccombente in forma specifica¹³: la connessione, nel caso di specie, è molto forte, e particolarmente meritevole appare la previsione del Codice di proporre le azioni con la medesima domanda. In effetti, come rilevato dalla stessa Adunanza Plenaria n. 2/2013, la connessione opera

¹³ Una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sent. n. 259 del 16.01.2013), individua con precisione i possibili comportamenti dell'amministrazione che possono dar luogo a risarcimento, nel caso di mancata attuazione del giudicato, individuando l'effetto del danno: a) nella oggettiva impossibilità di esecuzione, dipendente da cause diverse ed (eventualmente) estranee al giudizio, in particolare non riconducibili al comportamento della P.A.; b) nel comportamento attivo dell'amministrazione, in quanto essa con diverso esercizio del potere – non strettamente afferente all'esecuzione del giudicato – rende impossibile l'esecuzione; c) nel comportamento omissivo dell'amministrazione, che, non eseguendo il giudicato, rende – per il tramite della sua inerzia – non più eseguibile lo stesso. Altresì, la stessa pronuncia individua che fonte del danno risarcibile può essere un comportamento assunto dall'amministrazione in elusione del giudicato amministrativo, i cui atti, in questo senso, saranno da dichiarare nulli, ex art. 21-septies Legge n. 241/90.

nel senso che la domanda risarcitoria in questione, se non si pone in esecuzione del giudicato, trova in esso tuttavia il suo presupposto. In effetti, già parte della giurisprudenza *ancien régime*, come accennato, prevedeva che in sede di ottemperanza fosse domandabile il risarcimento per detti danni; la previsione legislativa, sottrae, dunque, alle incerte interpretazioni giurisprudenziali il giudizio di ammissibilità di tali domande nel corpo del medesimo ricorso¹⁴.

Vengono peraltro in rilievo in questa tipologia di azione di condanna, ad esempio, alcune tipiche figure di danno aventi genesi pretoria, derivanti da un'attività illegittima e/o omissiva da parte della p.a., quali il danno da *ritardo* e da *disturbo*, il primo dei quali ha ricevuto una vera e propria consacrazione legislativa con l'introduzione nel corpo della Legge n. 241/90 dell'art. 2-bis ad opera della Legge n. 69/09¹⁵. Tali figure di danno si riferiscono alla tradizionale divisione degli interessi legittimi tra pretensivi ed oppositivi, il primo dei quali si riferisce all'interesse del privato ad ottenere una situazione di vantaggio che incida in modo favorevole su una propria situazione soggettiva, mentre il secondo ad un interesse di segno contrario a quello dell'amministrazione, teso a paralizzarne l'esercizio di un potere¹⁶. La possibilità in concreto di ottenere, all'esito del giudizio per l'ottemperanza, tali forme di risarcimento, dipende dalla dimostrazione puntuale degli elementi che attestano il verificarsi di una situazione dannosa oggettivamente riconoscibile in capo al privato, poiché la giurisprudenza prevalente tende a non riconoscere il danno *in re ipsa* nella tardiva o inesatta attuazione dei poteri amministrativi, specie con riferimento al danno da ritardo¹⁷. In effetti, a ben

¹⁴ Tanto da portare ad affermare che “*in sede di ottemperanza si è sempre ritenuto possibile formulare richiesta di risarcimento solo per i danni verificatisi in seguito alla formazione del giudicato e proprio a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia*” (Cons. Stato, Sezione V, 23 novembre 2010, n. 8142)

¹⁵ Su tali figure di danno, cfr. *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. V - sentenza 21 marzo 2011 n. 1739; 2 marzo 2009 n. 1162. In dottrina: GIOVAGNOLI R., “*Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*”, Milano 2010; ZERMAN P.M., *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Già prima dell'introduzione dell'art. 2-bis Legge n. 241/90, si vedano Cons. Stato, Ad. Plen., 03 dicembre 2008, n. 13; Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 321.

¹⁶ Sulla distinzione di tali figure di danno, si rinvia a Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261.

¹⁷ La decisione n. 7 del 15 settembre 2005 dell'Adunanza Plenaria ha infatti stroncato quel timido orientamento che riconosceva il presupposto del danno da ritardo nel mero mancato rispetto della certezza dei tempi dell'azione amministrativa, che assumeva valore *sub specie* di responsabilità precontrattuale, risarcibile ex art. 2043 c.c. (Cons. Stato, Sez. IV, ord. 7 marzo 2005, n. 875). Con riferimento al danno da disturbo, invece, l'orientamento prevalente è nel senso che la lesione dell'interesse implica *ex se* la lesione del bene della vita preesistente al provvedimento affetto da vizi di illegittimità, sicché l'accertamento della circostanza che la p.a. ha agito *non iure* di per se stesso implica la consolidazione di un danno ingiusto nella sfera

vedere, la pertinenza di tali voci di danno con l'azione risarcitoria disciplinata dall'art. 112 co. 3 ult. parte, sembra avallata dalla stessa pronuncia in commento resa dall'Adunanza Plenaria, allorché la stessa si occupa della possibilità di far rientrare nell'azione di ottemperanza, anche la domanda tendente all'accertamento della nullità di atti emessi dall'amministrazione in elusione del giudicato: a tal proposito, il Consiglio di Stato rileva come l'accertamento della nullità può risultare funzionale all'individuazione dei danni *derivanti sia dalla ritardata attuazione del giudicato (per avere l'amministrazione emanato un provvedimento nullo)*¹⁸.

Recente giurisprudenza amministrativa, non ha poi mancato di osservare che il termine di decadenza per la proposizione dell'*actio iudicati* è stato fissato dal Codice del processo amministrativo in dieci anni proprio in ragione della natura della situazione soggettiva che si assume lesa dalla parte che agisce per l'ottemperanza, che è una posizione riconducibile a diritto soggettivo, per la cui lesione, derivante da un rapporto contrattuale "*da contatto*", il codice civile prevede proprio un analogo termine di decadenza: tale termine si sposa bene anche con la natura della pretesa risarcitoria, avanzabile *ex art. 112 comma 3 c.p.a.*, che deriva proprio dalla lesione di tale enunciata situazione giuridica soggettiva¹⁹.

È da precisare, inoltre, che l'attuale formulazione del comma 3 dell'art. 112 c.p.a. è il frutto di una rivisitazione operata dal legislatore nel 2011, in sede di revisione del codice del processo amministrativo, ad un anno dalla sua entrata in vigore: la modifica legislativa ha precisato che la domanda risarcitoria

indicata più sopra *sub* lettera b), riguarda il caso in cui la parte soccombente nel giudizio principale²⁰ era stata onerata, in sentenza, di dare esecuzione in forma specifica alla pronuncia. In effetti, dunque, il legislatore del 2011 ha sentito di puntualizzare che tale forma di risarcimento si atteggia come una domanda di conversione della condanna in forma specifica disposta con il primo giudizio, in una forma risarcitoria *per equivalente* nell'ambito del giudizio di esecuzione, fondata sulla mancata esecuzione, totale o parziale, del giudicato, nel caso, evidentemente, in cui il ritardo nell'esecuzione hanno reso impossibile ovvero non più interessante, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo risarcitorio.

Peraltro, la stessa operazione di *restyling* dell'art. 112 c.p.a., ha portato a prevedere che la domanda risarcitoria sia ammissibile anche nel caso risulti l'impossibilità della parte soccombente di dare esecuzione al giudicato: in tal senso, l'impossibilità non si atteggia come una causa non prevedibile che esime da responsabilità la parte onerata ad una determinata prestazione di fare, ma come un evento che è produttivo di danno risarcibile.

L'azione di risarcimento per il danno derivante da atti o attività illegittima della pubblica amministrazione, a seguito dell'abrogazione del comma 4 dell'art. 112 c.p.a., è proponibile unicamente in via ancillare nel corso di un giudizio di annullamento (o in via autonoma nelle materie di giurisdizione esclusiva), ai sensi dell'art. 30 comma 5 c.p.a. e non più in connessione con la domanda di esecuzione del giudicato²¹.

Quanto alla categoria di danni risarcibili, sembra utile un veloce cenno ad una tendenza recente dei Tribunali amministrativi, nel senso di riconoscere titolo al risarcimento anche in presenza di lesioni di diritti che trovano dimora nelle disposizioni della Carta costituzionale, riferendo il sintagma del *danno*

giuridica del privato; sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2009, n. 4237.

¹⁸ Sul punto, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in commento si mostra netta nel ritenere ammissibile la proposizione della domanda di accertamento della nullità nel corpo del giudizio di ottemperanza, piuttosto che in un separato giudizio di cognizione, in funzione di una maggiore effettività della tutela e della concentrazione dei rimedi giurisdizionali. La pronuncia è, in tal punto, di sicura importanza, dal momento che risolve in senso positivo una costante incertezza che si avvertiva nella prassi circa il cumulo tra tali due domande. Il principio, peraltro, a ben vedere, è anche in questo caso di natura ricognitiva, più che innovativa, dal momento che è lo stesso codice del processo amministrativo a prevedere, all'art. 114 co. 4 lett. b), il potere del giudice dell'ottemperanza di dichiarare nulli gli atti emessi dall'amministrazione in elusione del giudicato. Da segnalare che, a brevissima distanza dalla pronuncia della Plenaria, appena due giorni dopo, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha espresso e confermato l'ammissibilità del cumulo della domanda di accertamento della nullità nel corpo del giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 273), rilevando che lo stesso giudice può spingersi -laddove riscontri la sussistenza della nullità dell'atto - fino ad indicare all'amministrazione puntuali criteri per dare attuazione al giudicato, ponendo così limiti al riesercizio del potere, senza che ciò possa essere considerato invasivo del "merito" amministrativo; e ciò anche nel caso in cui ad essere rimessi in discussione non sono i "fatti" (rimasti immutati), ma la "valutazione" dei medesimi.

¹⁹ Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259.

²⁰ Sembra opportuno parlare genericamente di *parte soccombente* piuttosto che di amministrazione soccombente, atteso che l'interpretazione ermeneutica che va formandosi alla luce del nuovo codice tende a riconoscere la proponibilità del giudizio di ottemperanza anche contro la parte privata, qualora la stessa sia stata destinataria in sentenza di un obbligo di fare, derivante dalla soccombenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2012, n. 1570; Tar Sicilia - Catania, 24 maggio 2012, n. 1312).

²¹ Nel breve periodo di vigenza del comma 4 art. 112 c.p.a., era stato più volte sottolineato la novità del codice sul punto ed il suo carattere di *rottura* rispetto al passato. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8142, che ha rilevato come "*Dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, deve ritenersi non più applicabile il principio giurisprudenziale per il quale in sede di ottemperanza era possibile formulare richiesta di risarcimento, ma solo per i danni verificatisi in seguito alla formazione del giudicato e a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia, mentre il risarcimento dei danni riferibili al periodo precedente al giudicato doveva essere richiesto con un giudizio cognitorio da proporsi davanti al giudice di primo grado, atteso che ai sensi dell'art. 112, comma 4, di detto codice è ora ammessa la proposizione, nel giudizio di ottemperanza, di una azione risarcitoria anche per i danni riguardanti periodi precedenti al giudicato*".

ingiusto, di cui all'art. 2043 c.c., anche a norme di rango costituzionale²². Il danno risarcibile ai sensi dell'art. 112, commi 3 c.p.a. deve, dunque, ritenersi comprensivo anche dell'eventuale pregiudizio non patrimoniale patito da chi subisce l'inerzia della P.A., a fronte di una decisione favorevole, posto che non sussistono ostacoli di carattere testuale o sistematico ad immaginare una siffatta domanda giudiziale proposta nel corso del processo di ottemperanza²³: possono venire in considerazione, ad esempio, sotto tale profilo il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) o alla reputazione ed alla immagine (riconducibili, questi ultimi, entro l'alveo dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.), i quali potrebbero offrire seri spunti per avanzare richieste risarcitorie connesse alla domanda di ottemperanza²⁴.

Da ultimo si intende segnalare un'innovazione del Codice di procedura amministrativa che dovrebbe essere maggiormente conosciuta e utilizzata, in quanto può consentire alla parte vittoriosa una certa soddisfazione in termini recuperatori del diritto all'immagine e alla reputazione rovinata o compromessa: la richiesta, formulata dalla parte ricorrente, di condannare la parte soccombente alla pubblicazione della sentenza, prevista dall'art. 90 c.p.a.. Nei casi in cui tale strumento possa contribuire alla riparazione del danno, potrebbe certo formare oggetto di una domanda connessa a quella di ottemperanza, formulata ex art. 112 c. 3 c.p.a..

5. Proponibilità della domanda risarcitoria innanzi al Consiglio di Stato, in funzione di giudice dell'ottemperanza.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria lascia in ombra un aspetto di certo interesse, che riguarda la ammissibilità della domanda risarcitoria proposta dinanzi al Consiglio di Stato, in funzione del giudice dell'ottemperanza, per la prima volta. In merito alla individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, è da premettere che il Codice del processo amministrativo ha lasciato pressoché inalterata la competenza per l'ottemperanza delle

sentenze pronunciate dal Giudice amministrativo, mentre ha innovato quanto all'individuazione del giudice competente a dare esecuzione alle sentenza dei Tribunali ordinari: nel primo caso, sarà, infatti, competente lo stesso Giudice che ha pronunciato la sentenza della cui ottemperanza si tratti, fermo restando la competenza del Tar anche per l'ottemperanza di quelle sentenze che non siano state sostanzialmente modificate a seguito di appello²⁵; nel secondo caso, invece, deciderà il Tar nella cui circoscrizione ha sede il Tribunale che ha pronunciato il provvedimento di cui si domanda l'ottemperanza.

Come si può notare, il legislatore favorisce la competenza sul giudizio di ottemperanza in capo al Tar, certamente sia con fini deflattivi dei ruoli già operati del Consiglio di Stato, sia per ragioni di effettività della tutela, riconoscendo nel giudice che ha pronunciato la sentenza presupposta, il più idoneo a darvi esecuzione. Nel sistema così delineato, dunque, il Consiglio di Stato è competente quale giudice dell'ottemperanza solo nel caso di domanda avente ad oggetto una sentenza su cui si è pronunciato lo stesso Consiglio di Stato, modificando in senso sostanziale l'opinione già espressa dal Tar investito del giudizio in primo grado.

Tuttavia, proprio in tale limitata, benché niente affatto remota, ipotesi, resta il problema di stabilire l'ammissibilità della domanda risarcitoria proposta unitamente al ricorso per l'ottemperanza: resta, infatti, chiaro che la domanda risarcitoria proposta unitamente alla domanda di ottemperanza, per competenza funzionale, innanzi al Consiglio di Stato, verrebbe da quest'ultima decisa senza lasciare possibilità alcuna di appello. In tal senso, dunque, la domanda risarcitoria incontrerebbe quello stesso limite delle sentenze di ottemperanza decise in grado unico dal Consiglio di Stato e ne condividerebbe la sorte²⁶. Ebbene, sul punto, può

²² Vd., già prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3397.

²³ In questi termini la recente sentenza Tar Puglia-Bari, sez. II, sentenza 10 gennaio 2011 n. 19.

²⁴ È noto come la Cassazione abbia già da tempo aderito ad un approccio ermeneutico che legge in senso elastico la tipicità del danno non patrimoniale risarcibile, consentendo il ristoro del danno in caso di lesione di valori costituzionali primari, oltretutto non confinabili ad un *numerus clausus* in quanto ricavabili, in forza della clausola aperta di cui all'art. 2 della Costituzione, in base ad un criterio dinamico che consente di apprezzare l'emersione, nella realtà sociale, di nuovi interessi aventi rango costituzionale in quanto attinenti a posizioni inviolabili della persona; sul punto cfr. Cass. Civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828; Cass. SS. UU., 11 novembre 2008, n. 26972; 19 agosto 2009, n. 18356.

²⁵ Già l'art. 37 Legge Tar prevedeva un simile riparto di competenza: sono ancora attuali, dunque, i contributi di dottrina e giurisprudenza tesi a chiarire quale valore attribuire esattamente a tale disposizione quando parla di "*decisione del tribunale amministrativo confermata dal Consiglio di Stato*". In particolare si ricorda Cons. Stato, Ad. Plen. 11 gennaio 2011, n. 4, che ha sancito la competenza del Consiglio di Stato, allorché la sentenza di appello "*abbia confermato la decisione di primo grado ma con integrazioni o modifiche alla relativa motivazione che abbiano apportato un autonomo contenuto precettivo in ordine al quid e al modus dell'ottemperanza*". Si rinvia sul punto a SAITTA F., *Il giudice dell'ottemperanza*, Milano, 1991.

²⁶ Quanto all'appellabilità delle sentenze emesse all'esito di un giudizio di ottemperanza, va detto che il Codice del processo amministrativo ha perso l'occasione di portare chiarezza sul punto. In particolare non va dimenticata la regola, di genesi pretoria, della non appellabilità delle pronunce prive di contenuto decisorio, con conseguente necessità di distinguere, ai fini dell'ammissibilità dell'appello delle sentenze di ottemperanza, tra le sentenze che contengono mere misure attuative del giudicato – le quali sono ritenute non appellabili salvo che non dettino statuizioni aberranti e

ritenersi che la parte ricorrente possa rinunciare alla garanzia del doppio grado di giudizio, ma appare certo inaccettabile che debba subire tale compressione anche l'amministrazione convenuta. Il Codice non si pronuncia sulla problematica, lasciando all'interprete il compito di stabilire la soluzione.

Ad opinione di chi scrive, sembra che il problema non debba porsi per le domande risarcitorie riguardate dall'art. 112 c. 3 (ossia, "il pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza" ovvero "l'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione"): le stesse seguono, infatti, la stessa sorte del giudizio di ottemperanza, stante anche la forte connessione che hanno con lo stesso. Un argomento testuale a sostegno dell'opinione fornita era ricavabile anche dall'originario testo dell'art. 112 c.p.a. e, in particolare, dal confronto con quanto prescritto ai commi 3 e 4: il comma terzo, infatti, non prevede alcuna precisazione di carattere simile a quella espressamente contenuta all'ormai abrogato comma successivo e che si riferisce, invece, alle domande risarcitorie proposte ai sensi dell'art. 30, comma 5: per tale tipo di domande, il comma 4 dell'art. 112, espressamente stabiliva che "il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario"²⁷. Ebbene, deve intendersi che tale clausola, disponendo che il giudizio dovesse seguire le forme del giudizio ordinario, intende anche che lo stesso si svolga con le garanzie del giudizio ordinario, tra le quali senz'altro figura il doppio grado di giudizio: si può, dunque, ritenere che solamente la domanda risarcitoria ex art. 112, comma 4 non fosse proponibile in grado unico innanzi al Consiglio di Stato, non potendosi sottrarre alla garanzia della sua appellabilità.

Malgrado la sopravvenuta abrogazione del comma in questione, sembra ancor utile rifarsi allo stesso per rinvenire l'intenzione storica o autentica del legislatore del codice del processo amministrativo, evidentemente intenzionato a consentire la connessione della domanda risarcitoria a quella di ottemperanza, anche quando la cognizione di

quest'ultima sia affidata in grado unico al Consiglio di Stato.

Peraltro, la stessa pronuncia in commento soccorre nel portare chiarezza su tale apparente fonte di dubbio: la stessa, infatti, nel corso della argomentazione, ha evidenziato come la funzione del giudizio di ottemperanza, nel senso di dare effettività al giudicato prevalga sulla garanzia del doppio grado di giudizio: ed infatti, mentre l'esigenza di concentrazione e di effettività della tutela trova copertura costituzionale nell'art. 100 della Costituzione, nonché nei principi espressi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁸, la garanzia del doppio grado di giudizio, come noto, non ha alcuna copertura costituzionale.

comunque estranee all'ambito ed alla funzione propria del giudizio di ottemperanza (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2854) – e quelle che risolvano o omettano di risolvere questioni di rito o attinenti alle condizioni dell'azione ovvero alla fondatezza del ricorso – le quali sono, invece, ritenute appellabili (ex pluribus, Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2007, n. 5739 e 10 marzo 2004, n. 1167). Si rinvia sul punto a SAITTA F., *Art. 100. Appellabilità delle sentenze dei tribunali amministrativi regionali*, in QUARANTA A. – LOPILATO V. (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011.

²⁷ Per una simile riflessione su tale inciso, si rinvia a TARULLO S., *Il giudizio di ottemperanza*, cit. Cfr. in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2011; Sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693

²⁸ Cfr. CEDU, 18 novembre 2004, Zazanis c. Grecia