

La fisionomia del giudizio di ottemperanza alla luce dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013 di Francesco FOGGIA

Il presente contributo torna ad analizzare la pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria lo scorso 15 gennaio, per esaminare come la stessa confermi l'interpretazione del giudizio di ottemperanza quale strumento duttile per assicurare l'attuazione del giudicato in funzione realizzativa di quella "giustizia nell'amministrazione", sancita dalla Carta costituzionale. L'analisi si snoda cercando di porre l'accento sulle potenzialità dell'azione e sulla molteplicità delle domande che nel giudizio di ottemperanza possono essere sottoposte al giudice amministrativo, a conferma di quella "polisemicità" che viene ritenuta, dalla stessa Plenaria, carattere principe del giudizio in questione.

SOMMARIO: 1.- L'attuazione del giudicato amministrativo e la funzione del giudizio di ottemperanza; 2.- L'oggetto del giudizio di ottemperanza; 2.1- L'esecuzione delle pronunce immediatamente eseguibili; 2.2.- Il danno risarcibile in sede di ottemperanza; 2.3.- La dichiarazione di nullità degli atti elusivi del giudicato; 3.- La duttilità del giudizio di ottemperanza.

1.- L'attuazione del giudicato e la funzione del giudizio di ottemperanza.

La fase di esecuzione del giudicato rappresenta il momento cardine della funzione giurisdizionale, in quanto riguarda il momento in cui il *decisum* formatosi sulla sentenza resa dall'organo giudicante trova la sua realizzazione piena, in modo che la controversia, già sottoposta alla cognizione di un giudice per la difficoltà di risolvere il dissidio secondo comuni criteri dialettici, possa trovare effettivamente appianamento nella realtà.

Valga osservare che, benché tale fase sia quella maggiormente importante, allo stesso tempo essa presenta sovente una certa vischiosità nel suo concreto realizzarsi, per una serie di ragioni, dipendenti da questioni di tipo tecnico-organizzativo, economico ovvero ancora dall'esistenza di interessi in contrasto che rendono particolarmente onerosa per il soggetto soccombente l'esecuzione della sentenza. Ebbene, proprio in ragione delle possibili e fisiologiche resistenze che possono presentarsi nella fase esecutiva del giudicato, sono presenti nell'ordinamento giuridico strumenti idonei che si prestano a rendere coercibile l'obbligo di adempiere ad un provvedimento giudiziario avente carattere di esecutività: non si può rinunciare, infatti, ad attribuire al soggetto vittorioso nel processo, tutta quanta l'utilità cui lo stesso aspirava adendo l'autorità giudiziaria, proprio al fine di affermare l'effettività e l'efficacia della funzione giurisdizionale stessa¹.

Nel sistema di giustizia amministrativa, peraltro, la necessità del momento conformativo al *decisum* da parte della pubblica amministrazione risponde anche ad un'esigenza di carattere costituzionale e di coerenza del sistema, laddove si rifletta che la funzione principale del giudice amministrativo è quella

di realizzare la giustizia nell'amministrazione²: e, dunque, tale momento esecutivo della sentenza si colora di una particolare funzione, addirittura costitutiva dello stesso sistema di giustizia amministrativa. Deve anche riflettersi che, non a caso, il codice del processo amministrativo, all'art. 112, ha conservato il principio già espresso dall'art. 4 co. 2 Legge n. 2248/1865, il quale ultimo recitava che "*le autorità amministrative ... si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*": in questo modo, si conferma anche a livello di normazione primaria l'irrinunciabilità della conformazione della pubblica amministrazione al giudicato e a qualunque provvedimento emanato dall'autorità giudiziaria, munita del carattere di esecutività.

Fornite tali coordinate normative, va subito osservato che l'obbligo di ottemperanza alla pronuncia giudiziale comporta per l'amministrazione il compito di porre in essere un'attività di esercizio del potere in senso conformativo allo *spirito* della pronuncia e non al suo semplice dispositivo³, dovendo derivare

² L'art. 100 della Carta costituzionale letteralmente dispone che "*Il Consiglio di Stato è organo .. di tutela della giustizia nell'amministrazione*". Non vi è dubbio che la massima teorizzazione del principio in questione possa imputarsi all'opera illustre di Silvio Spaventa, il quale si batté per l'istituzione di un giudice dell'amministrazione pubblica, allorché la Legge n. 2248/1965 aveva attribuito alla cognizione del Giudice ordinario unicamente le questioni attinenti a diritti civili e politici, escludendo dalla tutela giurisdizionale numerose e rilevanti controversie con l'amministrazione, tuttora giustiziabili solo con ricorso amministrativo; per un maggior approfondimento, cfr. AL'ATRI (a cura di), *Silvio Spaventa. La giustizia nell'Amministrazione*, Torino, 1949.

³ Il principio è stato puntualizzato anche dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, in numerose pronunce, tra le quali può qui ricordarsi *Zazanis e aa. c. Grecia*, 18 novembre 2004, §36; la Corte europea si è spinta a precisare, in conformità a quella che sembra essere anche l'impostazione del legislatore nazionale del codice del processo amministrativo, a ritenere che la fase dell'esecuzione della decisione giudiziale, è da inquadrare come parte integrante del *processo* e non come momento ultroneo allo stesso, proprio perché, in mancanza di tale fase, l'avente diritto perderebbe tutte le garanzie di cui ha beneficiato durante lo svolgimento del processo (cfr. *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, § 41).

¹ Cfr. per il riferimento di tale principio nel processo amministrativo, con riferimento alla materia dei contratti pubblici, CACCIA-VILLANI, *Giurisdizione sui contratti*, in *www.giustizia.amministrativa.it*

dall'esecuzione del giudicato, come detto, a beneficio del ricorrente vittorioso, tutta e proprio tutta l'utilità cui lo stesso aspirava con il processo e nei limiti in cui il giudice ne ha riconosciuto in sentenza la ragione. Infatti, va notato che solo in alcune ipotesi l'effetto demolitorio della pronuncia del giudice amministrativo rispetto al provvedimento sottoposto al suo vaglio, è di per sé satisfattivo delle pretese del ricorrente⁴, dal momento che accade sovente che la piena realizzazione della pronuncia debba passare per momenti di riedizione del potere da parte dell'amministrazione: ciò avviene in tutti i casi in cui l'utilità sostanziale cui aspira l'avente diritto non si realizza con il semplice accoglimento della domanda, ma necessita di un'attività ulteriore da parte della pubblica amministrazione. La validità dell'impianto così come ricostruito, peraltro, è evidenziata con efficacia dai sostenitori di quell'impostazione dottrina che tende ad evidenziare come nel diritto amministrativo il giudicato si realizza in modo progressivo ed esterno al processo, mediante la collaborazione dell'amministrazione rispetto all'esecuzione del *dictum* giudiziale⁵: a ben vedere, se può essere opinabile la convinzione per cui il giudicato in senso sostanziale si forma all'esterno del processo, tuttavia, può certamente ritenersi condivisibile che specialmente nel sistema di giustizia amministrativa, il momento dell'esecuzione del giudicato è particolarmente delicato, in quanto nello stesso trovano sintesi due poteri sovrani, quale quello giudiziario, in forza del quale si richiede l'attuazione di quanto stabilito in sentenza, e quello amministrativo, che richiede autonomia e discrezionalità nella scelta delle modalità in cui dare attuazione all'interesse pubblico. Assume un ruolo centrale, dunque, l'accertamento dell'oggetto dell'esecuzione da parte dell'amministrazione e la verifica circa la possibilità che residuino in capo a quest'ultima spazi di autonomia nell'ottemperanza della pronuncia.

⁴ Intanto, infatti, può parlarsi di carattere autoesecutivo di una sentenza, in quanto la mera pronuncia da parte del giudice che riconosca la bontà delle ragioni esposte dal ricorrente, sia idonea di per sé a realizzare per l'avente diritto tutte le utilità, sia immediata di carattere processuale, sia mediata di carattere sostanziale, cui lo stesso mira con il processo (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 8).

⁵ Cfr. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Giuffrè, 1990, p. 422, il quale ritiene che il giudicato sostanziale si formi successivamente al giudicato formale, per effetto dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2012, p. 1797, il quale parla del giudicato amministrativo come *giudicato a formazione progressiva*, che può avvenire per riedizione del potere amministrativo ovvero per intervento di una ulteriore pronuncia giudiziale, in sede, ad esempio, di ottemperanza.

In particolare, devono distinguersi quelle pronunce in cui il giudice amministrativo svolge un sindacato pieno sul rapporto, da quelle in cui il rispetto della sfera di discrezionalità amministrativa non permette tale genere di ingerenza⁶: a seconda del tipo di pronuncia, potrà riconoscersi in capo all'amministrazione una maggiore o minore libertà di scelta nella individuazione delle modalità attraverso cui ottemperare alla pronuncia, nonché rispetto all'incidenza in tale processo delle sopravvenienze successive al giudicato. Riguardo a tale ultima questione, può, invero, dirsi che generalmente le sopravvenienze, nei casi in cui il giudice amministrativo effettua un sindacato pieno, non hanno incidenza sul rapporto oggetto di giudicato, poiché si ritiene che il trascorrere del tempo non può ritorcersi a scapito dell'avente diritto⁷; riguardo ai casi in cui il giudice amministrativo non ha esercitato un sindacato pieno sul rapporto, deve invece ritenersi l'incidenza delle sopravvenienze in quanto l'amministrazione, onerata di riesercitare il potere in senso conformativo alla pronuncia, deve tener conto della mutata situazione in fatto ed in diritto, nonché dei principi enunciati dal giudice in sentenza.

⁶ Una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha enunciato, in via del tutto esemplificativa, i casi in cui il giudice amministrativo esercita un sindacato pieno sul rapporto oggetto del processo, individuandoli in: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo avente un contenuto vincolato; ii) un'azione di adempimento, contestualmente alla prima, con cui si chiede la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto; iii) un'azione avverso il silenzio, in presenza di una attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere computi dall'amministrazione; iv) un'azione di condanna al risarcimento del danno che presuppone anch'essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l'accertamento pieno del rapporto; nella stessa pronuncia, vengono invece citati, quali esempi in cui il giudice amministrativo non esercita un sindacato pieno, i seguenti: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo discrezionale; ii) un'azione avverso il silenzio avente ad oggetto una attività caratterizzata da discrezionalità non ancora esercitata dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569).

⁷ Il giudicato resta impermeabile, in tali casi sia alle sopravvenienze in fatto sia in diritto: proprio in tema di *ius superveniens*, già una risalente pronuncia promanante dal massimo consesso di giustizia amministrativa osservava che "*l'immutabilità del giudicato non può cedere di fronte a norme sopravvenute aventi efficacia retroattiva*", in quanto "*il Parlamento non può sovrapporsi alla Magistratura modificando "ex post" singole situazioni già definite dal giudice e coperte dall'autorità del giudicato*" (Cons. Stato, Ad. plen., 21 febbraio 1994, n. 4); nei rapporti di durata, invece, il rapporto va disciplinato dando prevalenza al giudicato per la regolamentazione dei rapporti antecedenti alla pronuncia, mentre, per la parte del rapporto futura, la disciplina deve tener conto della sopravvenienza normativa (Cons. Stato, Ad. plen., 11 maggio 1998, n. 2). Va specificato, comunque, che le sopravvenienze irrilevanti per l'esecuzione del giudicato sono quelle *proprie* –ossia quelle in fatto ed in diritto che non abbiano rappresentato oggetto del *thema decidendum*– e sopravvenute rispetto alla notificazione della sentenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037).

Proprio siffatta ultima evenienza è stata foriera di numerose problematiche in sede interpretative, collegate alla individuazione del confine tra dovere di ottemperanza e libertà dell'amministrazione nella riedizione del potere, disegnando anche i confini del potere del giudice dell'ottemperanza: infatti, proprio in tali fattispecie è interessante operare l'analisi tra i casi di elusione e violazione del giudicato, riguardati anche dalla recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 2 del 2013, nella quale si prende immediatamente atto della sottigliezza di tale confine, con conseguente consapevolezza dell'impossibilità di delimitare lo stesso in modo netto e universale, bensì ponendo l'accento sulla necessità di individuare tale confine *caso per caso*⁸.

Dato quanto fin qui delineato, appare evidente che il potere del giudice dell'ottemperanza non potrà limitarsi ad investire le questioni attinenti la mera esecuzione della sentenza, ma deve, specialmente nelle ipotesi in cui il giudicato abbia lasciato spazi di autonomia alla pubblica amministrazione, esaminare nel merito le scelte operate dall'amministrazione stessa finalizzate ad eseguire la sentenza, onde esercitare la verifica della aderenza dei provvedimenti posti in essere rispetto alla sentenza: di qui, l'opinione ormai pacifica e recepita dal dettato normativo, per la quale il giudizio di ottemperanza ha natura mista di cognizione e di esecuzione⁹. L'efficienza del rimedio dell'ottemperanza sta, infatti, particolarmente nel fatto che il giudice dell'ottemperanza ha la possibilità di esercitare la cognizione piena degli atti amministrativi per verificarne la compatibilità con la sentenza oggetto di ottemperanza, ovvero di dare indicazione all'amministrazione sulle modalità per attuare correttamente il giudicato, ovvero, da ultimo, per sanzionare, anche attraverso misure di coercizione indiretta, l'inottemperanza¹⁰.

2.- L'oggetto del giudizio di ottemperanza: la sentenza passata in giudicato.

La decisione della Plenaria n. 2/2013 prende le mosse dall'analisi del giudizio di ottemperanza, visto con interesse per la sua *polisemicità*, come risultante dall'attuale disciplina dell'azione definita dal codice del processo amministrativo, il quale non ha riconosciuto le potenzialità del rimedio in questione: ed invero, la Plenaria stessa nota come sotto la definizione di "*azione di ottemperanza .. si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato*". La notazione riportata, in effetti, coglie pienamente nel segno, individuando una definizione unica di tale giudizio nella sua finalità, consistente nel dare attuazione al giudicato, anche verificando se il comportamento dell'amministrazione successivo alla sentenza, sia stato ispirato a principi di lealtà, cooperazione e buona fede, in funzione dell'attuazione di quella *giustizia nell'amministrazione*, sancita dalla Carta costituzionale.

Ebbene, se la dottrina processual-civile offre una nozione chiara e coerente (nonché positivizzata) di giudicato, dovendosi per tale intendere un provvedimento giudiziale destinato a definire, con carattere di incontrovertibilità, un rapporto tra le parti processuali, gli eredi e gli aventi causa, allorché sia spirato il termine per le impugnazioni; tanto non può dirsi per la nozione amministrativa di giudicato, atteso che il codice del processo amministrativo non contiene una definizione di giudicato. Lo stesso, tuttavia, consente di mutuare tale nozione *altronde*, mediante il rinvio esterno alle norme del codice di procedura civile contenuto all'art. 39 c.p.a.: a ben vedere, tuttavia, la citata norma consente unicamente il rinvio alla definizione, contenuta nel codice di procedura civile, di giudicato in senso formale, determinando così una lacuna normativa per ciò che riguarda la possibilità di individuare un giudicato in senso sostanziale¹¹: probabilmente, tuttavia, tale lacuna non è solo determinata da una dimenticanza del legislatore, ma da una vera e propria evanescenza di tale concetto nell'ambito del diritto processuale amministrativo, stante la diversa ampiezza del potere del giudice amministrativo a seconda della tipologia del giudizio di cui è investito, nonché della molteplicità delle situazioni soggettive poste a base del rapporto controverso. Inoltre, non può

⁸ Nella pronuncia qui in commento, infatti, testualmente l'Adunanza Plenaria rileva: "*il problema portato all'attenzione di questo consesso risiede nella individuazione di un equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo, assetto che, peraltro non può che essere delineato sul piano dei principi, poiché il concreto atteggiarsi del singolo giudicato nei confronti del sopravvenuto esercizio della funzione amministrativa non può che essere rimesso all'analisi della vicenda specifica*".

⁹ L'opinione che sembra maggiormente condivisibile, sul punto, tenuto conto della molteplicità delle tipologie dei giudicati che possono essere sottoposti al vaglio del giudice dell'ottemperanza, è quella offerta da CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, p. 852, il quale attribuisce al giudizio di ottemperanza funzione "*necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione*".

¹⁰ La stessa decisione della Plenaria qui in commento, dà un giudizio positivo sul giudizio di ottemperanza, anche rispetto ai sistemi di esecuzione delle sentenze amministrative rinvenibili nei principali Paesi dell'Europa continentale; per un'analisi migliore di diritto comparato in questo senso, si rinvia a SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. XXV, Cedam, 1996.

¹¹ Sia consentito sul punto rinviare al nostro *Il giudicato amministrativo*, su *questa Rivista*, n. 4, pag. 173 ss. nel quale la questione è stata affrontata in modo più specifico.

mancarsi di osservare che, a differenza dei giudicati civili, quelli amministrativi non cristallizzano la disciplina di un rapporto tra privati in modo incontrovertibile, sancendo in via definitiva la *regula iuris* cui dovranno conformarsi gli aventi diritto, e i loro aventi causa, bensì spesso, sostanziosamente nella pronuncia circa la legittimità di un atto o di un comportamento della pubblica amministrazione, demandano poi a quest'ultima l'onere di conformarsi, anche interpretando, il *decisum*. Letto in questo senso, sembra di poter concordare con l'opinione di chi ritiene che il giudicato amministrativo copra il dedotto, ma non anche il deducibile¹², nel senso che la disciplina del rapporto oggetto del giudizio del giudice amministrativo, soffre della limitazione della prospettiva offerta dal soggetto ricorrente con l'enunciazione dei motivi; con la conseguenza che, ad esempio, un provvedimento amministrativo ritenuto legittimo all'esito di un giudizio, non può dirsi intangibile, in quanto potrebbe essere caducato per effetto di un parallelo giudizio nel quale il ricorrente abbia offerto una diversa e più acuta serie di censure tese a determinare l'annullamento dell'atto.

Sotto il punto di vista appena illustrato, tuttavia, sembra che l'Adunanza Plenaria in commento si sia pronunciata in modo più cauto, ancora presentandosi legata all'opinione, comunque maggioritaria, secondo la quale anche il giudicato amministrativo copra non solo il dedotto ma anche il deducibile¹³: ad ogni modo, sembra che la pronuncia in commento, ponendosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza dominante, intenda che la regola ricavabile dall'art. 2909 c.c. vada comunque riferita al solo novero dei motivi dedotti in giudizio, con ciò implicitamente confermando l'inapplicabilità *tout court* della definizione di giudicato sostanziale propria del sistema del diritto civile, anche alla giustizia amministrativa.

Rispetto, dunque, alla nozione di giudicato amministrativo, così come tracciato dalla giurisprudenza amministrativa, il giudice dell'ottemperanza si pone, per dirla in una con la pronuncia della Plenaria qui riguardata, come "*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*", nel senso che il giudice dell'ottemperanza deve occuparsi (ed il codice del processo amministrativo gli fornisce tutti gli stru-

menti) della verifica dell'attuazione della pronuncia giudiziale da parte della parte soccombente.

A tal proposito, possono di seguito evidenziarsi quelli che sono i poteri assegnati dalla legge processuale al giudice di ottemperanza, riservandosi di analizzare nel prosieguo gli stessi maggiormente nel dettaglio, ponendo in risalto gli arresti della giurisprudenza più recenti e, in particolare, le statuizioni offerte dalla decisione n. 2/2013 della Plenaria: 1) quello di realizzare l'attuazione delle sentenze e degli altri provvedimenti a queste equiparati, pronunciate dal giudice amministrativo e da quello ordinario; 2) la condanna al pagamento di somme di danaro, in funzione riparatoria per l'ottemperanza ovvero adeguatrice del valore reale delle somme dovute e non corrisposte dal soccombente in giudizio; 3) la declaratoria di nullità degli atti emanati in violazione o elusione del giudicato da parte della pubblica amministrazione.

2.1- L'esecuzione delle pronunce immediatamente esecutive.

La domanda di adempimento del giudicato corrisponde alla funzione classica del giudizio di ottemperanza e mira ad ottenere la conformazione dell'attività della pubblica amministrazione al caso deciso. Per la verità, il codice del processo amministrativo proprio nel capo inerente la disciplina del giudizio di ottemperanza, impone l'obbligo conformativo a carico di tutte le parti del giudizio e non solo della pubblica amministrazione, con il risultato che il giudizio di ottemperanza si identifica come strumento utilizzabile dal ricorrente vittorioso in giudizio anche a discapito di un privato, soccombente, per ottenerne la conformazione alla *regula iuris* imposta nel giudizio¹⁴: il caso citato, per il quale soggetto passivo dell'azione di ottemperanza può essere un soggetto diverso da una pubblica amministrazione, lungi dall'essere solo ipotizzabile in via teorica, si è evidenziato all'esperienza processuale, con l'effetto che il giudice amministrativo ha ritenuto esperibile lo strumento processuale, imponendo al privato di conformarsi al giudicato e disponendo la nomina di un commissario *ad acta* per il caso di protratto inadempimento¹⁵. Tuttavia, resta tutta da

¹² Si può far riferimento sul punto all'illustre opinione di CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1799

¹³ Certamente si esprime piena adesione rispetto a tale assunto con riferimento alle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2012, n. 1265).

¹⁴ Si noti che mentre l'art. 27, n. 4, del T.U. Consiglio di Stato, e l'art. 37 della Legge Tar si limitavano a disciplinare, sotto il profilo della competenza, l'azione volta "*ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa*" di conformarsi al giudicato, la nuova norma del *Codice del processo amministrativo* include tra i soggetti su cui grava l'obbligo di eseguire il giudicato anche le parti private e successivamente fissa le caratteristiche e le condizioni per l'esercizio dell'*actio indicata*.

¹⁵ Il riferimento è alla nota sentenza del Tar Sicilia - Catania, Sez. I, 24 maggio 2012 n. 1312: nella stessa pronuncia, il giudice siciliano

esaminare, ad opinione di chi scrive, l'applicabilità degli strumenti propri del giudice dell'ottemperanza anche a dirigere e vincere le resistenze del privato obbligato di eseguire la sentenza passata in giudicato, in particolare con riferimento alla compatibilità della nomina del *commissario ad acta* nei casi come quello in esempio¹⁶.

Quanto alla tipologia dei provvedimenti pronunciati dal giudice amministrativo, la cui esecuzione può essere compulsata tramite la domanda giudiziale diretta all'ottemperanza, va detto che il novero degli stessi risulta ampliato dal codice del processo amministrativo, il quale ha consentito che l'azione in questione possa essere esperita non solo per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato, bensì anche per "le sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo": con tale ampia locuzione, il codice del processo amministrativo determina l'unificazione, in punto di procedura, delle norme inerenti i giudizi diretti all'esecuzione delle sentenze passate in giudicato e di quelle che, pur non essendo ancora passate in giudicato, sono comunque già esecutive¹⁷. In questo senso, il codice attua una innovazione rispetto al sistema previgente, laddove il soggetto interessato all'attuazione di una pronuncia esecutiva, ma non ancora passata in giudicato non poteva adire il giudice amministrativo esercitando l'azione di ottemperanza, bensì unicamente sollevando incidente di esecuzione, secondo

ricorda come, ad ogni conto, sono individuabili dei precedenti giurisprudenziali orientati nel senso di riconoscere quale soggetto passivo dell'ottemperanza anche un privato (Cons. Stato, Sez. VI, 1776/06 e 6818/06.

¹⁶ Non può, infatti, mancarsi di osservare che il potere sostitutivo del commissario *ad acta* come organo del giudice si giustifica nel senso che spetta al giudice dell'ottemperanza il compito di garantire la giustizia nell'amministrazione e all'amministrazione il compito di conformarsi al giudicato secondo i principi di lealtà e buona fede; in questo senso, è stato giustamente osservato che "il commissario *ad actus* si presenta come centro di competenza esterno all'Amministrazione che esprime una volontà che soggettivamente non promana dall'Amministrazione, anche se è ad essa imputabile" (in questo senso, GIACCHETTI, *Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A.*, pubblicata in *Giur. amm. sic.* 1988, II, p. 36 ss.). Tuttavia, allorché un organo del giudice intendesse sostituirsi in atti che devono promanare dal privato, sembra che si pongono problemi di imputazione della volontà, con conseguenze di non poco momento in tema di nullità dell'atto dispositivo, nonché dei suoi effetti e opponibilità nei confronti dei terzi, per la disciplina delle quali, si badi, si dovrebbe comunque far riferimento alle regole proprie del diritto civile.

¹⁷ Da notare che l'art. 33 c.p.a. espressamente qualifica le sentenze di primo grado come immediatamente esecutive; l'art. 59 c.p.a., poi, implicitamente stabilisce l'esecutività delle misure cautelari, stabilendo che l'interessato può richiedere al giudice che le ha decise di sollecitare la parte inadempiente all'attuazione delle stesse, anche esercitando "i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV". È bene specificare che, comunque, si tende ad escludere la proponibilità dell'azione di ottemperanza per le decisioni auto-esecutive pronunciate dal giudice amministrativo, nonché per le pronunce di rigetto o a quelle di mero rito.

la previsione dell'art. 10 Legge n. 205/2000, che consentiva al giudice di esercitare "i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza", senza consentire l'estensione dell'intera disciplina di tale azione¹⁸; oggi, in effetti, qualcosa di simile accade per la domanda di esecuzione delle misure cautelari, atteso che l'art. 59 c.p.a. riproduce la formula di cui alla Legge n. 205/2000 già riportata, sembrando non consentire che l'ottemperanza delle misure cautelari possa avvenire secondo la disciplina dettata per il giudizio di ottemperanza: in effetti, il riferimento ai soli poteri del giudice dell'ottemperanza consente di ritenere che, nel caso di domanda di attuazione delle misure cautelari, non debba essere seguito il procedimento delineato all'art. 114 c.p.a., peculiare, appunto, del giudizio di ottemperanza. Rispetto, infatti, al procedimento di cui all'art. 114 c.p.a., la domanda di esecuzione delle misure cautelari può essere introdotta dall'interessato con semplice istanza e non, dunque, con ricorso; inoltre la stessa può essere proposta senza alcun termine, in assenza di qualunque indicazione in tal senso da parte del codice; sembra, inoltre, che l'istanza in questione non debba essere necessariamente corredata dall'allegazione della copia autentica del provvedimento della cui esecuzione si domanda, sebbene appare buona norma che l'istante provveda all'allegazione almeno di una copia semplice¹⁹.

Quanto alla proponibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione di provvedimenti esecutivi emessi dall'autorità giudiziaria ordinaria, il codice del processo amministrativo adotta una formulazione ampia che appare fare propri tutti gli approdi giurisprudenziali maturati nel periodo precedente all'introduzione del codice²⁰, richiedendo comunque che l'azione di ottemperanza possa essere esperita solo con riferimento alle pronunce passate in giudicato e a quelle che, pur non potendo passare in giudicato, sono comunque paragonabili alle stesse,

¹⁸ In particolare può rilevarsi come si escludeva che l'incidente di esecuzione potesse essere introdotto con il mero deposito del ricorso, a differenza di quanto avveniva per il processo di ottemperanza e discussa era la necessità della previa diffida all'amministrazione tenuta all'esecuzione del provvedimento. Più diffusamente, si rinvia a SANDULLI, *Nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2010, p. 79 ss.

¹⁹ Per rilievi analoghi, si rinvia a PAVAN, *La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*, Giuffrè, 2010, p. 279 ss.

²⁰ Già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza aveva ritenuto esperibile il rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione dei lodi arbitrali divenuti esecutivi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2009, n. 6241; Id., Sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6843), dei decreti ingiuntivi non opposti o la cui opposizione sia stata rigettata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5624), nonché delle ordinanze di assegnazione somme (cfr. cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161; Sez. VI, 31 maggio 2003, n. 7804; Sez. III, 13 febbraio 2002, n. 2083; Sez. I, 13 giugno 2000, n. 8026).

quanto agli effetti. È necessario, infatti, in tale ambito, che le pronunce del giudice ordinario oggetto di ottemperanze siano idonee a fare stato tra le parti e non siano più modificabili, definendo la questione sottoposta al vaglio giudiziale con carattere di sostanziale definitività, atteso che il giudice dell'ottemperanza vedrà compreso, nel caso specifico, il proprio potere di cognizione circa la vicenda esaminata dal giudice ordinario, dovendosi limitare ad esercitare poteri schiettamente esecutivi; in caso contrario, infatti, si giungerebbe alla paradossale conseguenza che il giudice amministrativo si approprierebbe della cognizioni su materie sottratte per legge alla propria giurisdizione.

Quanto agli ulteriori provvedimenti suscettibili di ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo, il codice prevede l'esperibilità del rimedio anche per l'attuazione di tutti quei provvedimenti emessi nel contesto di giurisdizioni nelle quali non è previsto un rimedio simile all'ottemperanza (art. 112, lett. d): l'interpretazione della norma nel senso citato è facilmente enucleabile dalla Relazione finale di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, ove si legge che l'azione di ottemperanza è data per l'esecuzione delle decisioni *“di quei giudici speciali per i quali non sia previsto il rimedio dell'esecuzione davanti ad essi”*, aggiungendosi che, in linea con i principi enunciati negli artt. 6 e 13 della C.E.D.U., nonché in adesione alla pacifica giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *“si è voluto inserire, tra le decisioni da ottemperare con il rimedio disciplinato dalla disposizione, anche le decisioni straordinarie del Presidente della Repubblica rese nel regime della alternatività”*²¹.

Da ultimo, la lettera e) dell'art. 112, co. 2, conferma l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per l'esecuzione *“dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato”*, in ciò conformandosi all'orientamento ormai maggioritario già espresso sul punto dalla giurisprudenza amministrativa²².

²¹ Come si nota, dunque, la formulazione di cui alla lett. d) art. 112 c.p.a., mette fine all'ampio dibattito che aveva visto la medesima giurisprudenza su posizioni contrapposte in ordine alla possibilità di ammettere l'azione di ottemperanza anche per dare esecuzione alle decisioni assunte a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Nuovi spunti di riflessione in merito alla problematica, investono oggi l'autorità giudiziaria competente ad assumere le vesti di giudice dell'ottemperanza nel caso di specie: la competenza, infatti, è stata alternativamente imputata al Tar Lazio ovvero al Consiglio di Stato, secondo che si sia ritenuto ammissibile il rimedio ai sensi della lettera b) ovvero d) dell'art. 112 c.p.a.; per un'analisi sul punto, si rinvia a AULETTA, in *questa Rivista*, n. 4, pag. 738 ss.

²² Cfr. sul punto, già Tar Napoli, Sez. V, 19 ottobre 1991, n. 6; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2000, n. 1089, pur rappresentando il

Si può dunque notare che il legislatore del 2010 ha optato per una vasta applicabilità del rimedio processuale in questione, in modo da ottenere che lo stesso incarni la forma tipica e preferibile per compulsare l'amministrazione all'attuazione delle pronunce giurisdizionali, in funzione dell'effettività della tutela, a beneficio anche della certezza dei rapporti giuridici e del principio di buona amministrazione.

2.2.- Il danno risarcibile in sede di ottemperanza

La Plenaria n. 2/2013 qui in commento mostra di apprezzare la duttilità del giudizio di ottemperanza proprio perché in tale tipologia di azione possono confluire domande diverse, tra cui, non ultima, quella risarcitoria: correttamente, infatti, la pronuncia in questione ricostruisce tale possibilità offerta dal codice di procedura richiamando il comma 3 dell'art. 112, nella parte in cui lo stesso prevede la possibilità che l'interessato domandi al giudice dell'ottemperanza la condanna *“al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza”*, nonché il *“risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato”*. Mette conto sin da subito notare che le due tipologie di domande proponibili unitamente alla domanda di ottemperanza hanno delle implicazioni diverse che hanno portato in passato la dottrina e la giurisprudenza ad esprimere opinioni abbastanza prudenti circa la loro esperibilità in sede di ottemperanza, specie sulla seconda delle domande descritte²³: infatti, la domanda tesa alla rivalutazione e degli interessi maturate su somme di denaro maturate dopo la sentenza, è apparsa sempre come un portato in-

conflitto di interpretazioni presenti in giurisprudenza, ritiene, al termine di una lucida ricostruzione, ammissibile il rimedio dell'ottemperanza per l'esecuzione dei lodi arbitrali, evidenziando come *“il lodo dichiarato esecutivo, se non impugnato tempestivamente, è idoneo ad acquistare efficacia di cosa giudicata”*.

²³ Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa formatasi in epoca precedente all'introduzione del codice, 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 esecuzione (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374; Sez. IV, 21 ottobre 2004, n. 6914; Sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 396); 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 giudizio (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080).

trinseco del giudizio teso ad condurre a piena esecuzione pronunce attributive di diritti di credito; al contrario, il giudizio in merito alla proponibilità della seconda domanda risarcitoria (oggi prevista dall'art. 112 co. 3, ult. parte)²⁴ comporta la risoluzione di due problematiche, la prima inerente l'esistenza di un potere cognitorio in capo al giudice dell'ottemperanza e la seconda riguardante la possibilità di escludere la pronuncia sulla domanda risarcitoria dalla soggezione all'appello.

Quanto, infatti, alla individuazione in capo al giudice dell'ottemperanza di un potere misto di cognizione e di esecuzione, è da segnalare che (benché tale approdo appaia ormai oggi ampiamente acquisito pienezza di consensi) si registrava in passato qualche isolata opinione tendente ad attribuire al giudice dell'ottemperanza unicamente poteri propri del giudice dell'esecuzione²⁵: è chiaro, dunque, che, ragionando in tal senso, veniva esclusa la possibilità che il giudice di ottemperanza potesse conoscere della domanda risarcitoria, essendo allo stesso preclusa una valutazione sul merito della vicenda. Alorché, invece, si ritenne che apparteneva al giudice dell'ottemperanza anche un potere cognitorio circa la vicenda sottoposta al suo esame, quantomeno in forma eventuale²⁶, è apparso più agevole un riconoscimento in capo allo stesso della possibilità di conoscere anche della domanda risarcitoria: in questo senso, infatti, oltre a valorizzare la sede dell'ottemperanza, si otteneva l'indubbio pregio di realizzare una concentrazione di giudizi (evitando la stantia proposizione di diversi ricorsi dinanzi a giudici diversi per domande diverse, benché inerenti alla identica questione fattuale), nonché una migliore soddisfazione del ricorrente vittorioso, il quale aveva visto frustrato il proprio diritto ad ottenere

l'utilità derivante dalla pronuncia a causa dell'inerzia, quando non della resistenza vera e propria, della pubblica amministrazione che si mostrava riluttante ad eseguire la sentenza.

Tuttavia, la configurabilità della possibilità della proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza pone un secondo ordine di problemi, consistenti nella difficoltà a sottrarre all'appello tale pronuncia: l'evenienza, infatti, si presenta tutte quelle volte in cui il giudice dell'ottemperanza è il Consiglio di Stato, cosicché lo stesso si troverebbe a pronunciarsi in unico grado sulla domanda risarcitoria, con chiara compressione delle garanzie della parte risultante soccombente²⁷. Il problema, già noto alla giurisprudenza pre-codicistica, è invero ancora attuale e di non facile soluzione, oscillando tra le opinioni di chi ritiene che il principio del doppio grado di giudizio sia irrinunciabile, cosicché non è ammissibile la domanda risarcitoria proposta per la prima volta dinanzi al Consiglio di Stato in veste di giudice dell'ottemperanza²⁸; ovvero, tra l'opinione di chi ritiene di dare prevalenza al dato letterale del codice, il quale non pone alcun limite all'esperibilità dell'azione risarcitoria di cui all'art. 112 co. 3 nel giudizio di ottemperanza, a differenza di quanto previsto dall'abrogato comma 4, anche in ragione del fatto che, mentre l'esigenza di concentrazione e di effettività della tutela trova copertura costituzionale nell'art. 111 della Costituzione, nonché nei principi espressi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la garanzia del doppio grado di giudizio non ha alcuna copertura costituzionale²⁹.

A seguito dell'intervento del D.Lgs. n. 195/2011, che ha modificato la formulazione dell'art. 112

²⁴ 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 principale era stata onerata, in sentenza, di dare esecuzione in forma specifica alla pronuncia: 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.

²⁵ Tra le pronunce orientate in tal senso, si segnalano, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332; Sez. VI, 14 novembre 2003 n. 7292.

²⁶ Cfr. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, 852, il quale attribuisce al giudizio di ottemperanza funzione "necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione".

²⁷ Nel sistema delineato dal codice del processo amministrativo, il Consiglio di Stato è 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 la pronuncia già espressa dal Tar investito del giudizio in primo grado.

²⁸ Cfr. LOPILATO, *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ritiene che "la valorizzazione di alcune disposizioni contenute nel codice, unitamente all'esigenza di assicurare i principi di separazione dei poteri e del doppio grado di giudizio, conducano a ritenere che nel giudizio di ottemperanza non possano entrare aspetti di cognizione non esaminati nel giudizio ordinario"; l'autore, tuttavia, nel proprio lavoro ridimensiona il potere di cognizione del giudice dell'ottemperanza, ritenendo che tale azione debba configurarsi come "un giudizio di sola esecuzione, sia pure speciale, con poteri di merito del giudice limitati alla sostituzione dell'amministrazione nei limiti del giudicato e con possibilità di proporre in esso esclusivamente azioni esecutive"; in senso conforme, in giurisprudenza, si è espresso di recente anche il Consiglio di Stato, sancendo che "il superamento della regola del doppio grado può essere autorizzato solo da un'esplicita norma in tal senso che in alto non esiste né è stata posta nel recente c.p.a." (Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693).

²⁹ Cfr. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo*, in SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2011.

c.p.a., sembra non potersi revocare in dubbio che tale seconda soluzione sia maggiormente vicina alla volontà del legislatore e in nulla configgente con i principi costituzionali: il legislatore, infatti, dando risposta ai dubbi esegetici sollevati da dottrina e giurisprudenza ha specificato che la domanda risarcitoria può essere proposta dinanzi al giudice dell'ottemperanza "anche in unico grado". Peraltro, anche in mancanza del correttivo normativo, sembra potersi ipotizzare che la correttezza dell'opinione in forza della quale è proponibile la domanda risarcitoria direttamente dinanzi al Consiglio di Stato riposa sull'interpretazione dell'abrogato comma 4 dell'art. 112 c.p.a., il quale ultimo prevedeva la possibilità di domandare risarcimento per i danni subiti dal ricorrente vittorioso nel primo giudizio, derivanti da un comportamento elusivo del giudicato tenuto dalla p.a.: quella disposizione normativa, infatti, a differenza di quella di cui all'art. 112 comma 3, prevedeva espressamente che "il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario", ove, certamente, tale ampia formulazione implicitamente riteneva includere anche il rispetto del doppio grado di giudizio³⁰: l'assenza, invece, di una disposizione simile nel corpo del comma 3 dell'art. 112 c.p.a. e di una sua non aggiunta in occasione del primo correttivo al Codice (che non ha mancato di riguardare anche proprio le norme sul giudizio di ottemperanza, comportando tra l'altro l'abrogazione del comma 4 ed una rivisitazione del comma 3 dell'art. 112 c.p.a.), conferma l'intenzione del legislatore di ritenere esperibile la domanda risarcitoria per i danni derivanti dalla mancata conformazione al giudicato per la prima volta nel corpo del giudizio di ottemperanza anche qualora tale domanda fosse proposta direttamente dinanzi al Consiglio di Stato³¹.

³⁰ Si osservi che, qualora non risultasse proponibile la domanda risarcitoria ex art. 112 comma 4 dinanzi al Consiglio di Stato proprio a causa del vincolo costituito dal rispetto del doppio grado di giudizio, tale limitazione non costituiva un *vulnus* per l'interessato, il quale ben poteva esperire, in via principale, l'azione di cui all'art. 30 comma 5 c.p.a.

³¹ L'interpretazione suggerita risulta corroborata anche da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, il quale ha affermato che "il principio del doppio grado di giudizio di cui all'art. 125 Cost. comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado, non potendo tale norma comportare l'inverso, perché nessun'altra disposizione della Costituzione indica il Consiglio di Stato come Giudice solo di secondo grado. In secondo luogo, il risarcimento del danno per equivalente - quale strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e conformativo, utilizzabile per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione- costituisce un minus rispetto alla reintegrazione in forma specifica, sicché la relativa richiesta è implicita nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica. In tal senso, del resto, è la formulazione degli artt. 2058 c.c. e 124 c.p.a. -D.Lgs. n. 104 del 2010-. Riconosciuta, dunque, la proponibilità della domanda di reintegrazione in forma specifica, consegue

Un'analisi, sebbene veloce, circa il danno risarcibile in sede di ottemperanza non può mancare di comprendere quello strumento che il legislatore ha offerto al ricorrente vincitore per compulsare l'amministrazione riluttante all'esecuzione del giudicato, costituita dalla domanda di condanna al pagamento di una somma di danaro per l'eventuale periodo di ulteriore ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziale oggetto della domanda di ottemperanza: il rimedio citato appare essere formulato in modo assai duttile nella disposizione contenuta all'art. 114 comma 4 lett. e) c.p.a., tanto da far sorgere una serie di dubbi interpretativi che, comunque, non possono essere compiutamente esaminati in questa sede. Basti notare che le difficoltà applicative dell'istituto dipendono principalmente dalle diverse opinioni in merito alla natura di tale forma di condanna, che mutano a secondo che le si riferisca al modello delle *astreintes* dell'ordinamento francese ovvero all'istituto introdotto nel codice di procedura civile all'art. 614-bis, all'interno delle norme del processo di esecuzione. L'opinione che sembra più corretta a chi scrive circa la natura dell'istituto introdotto nel codice del processo amministrativo è quella per cui tale strumento non deve essere considerato come una forma di risarcimento del ricorrente per il danno da ritardo subito dall'inadempimento della p.a. (atteso che il risarcimento del danno può essere comunque oggetto di valutazione del giudice dell'ottemperanza ex art. 112 comma 3 c.p.a.), bensì come misura coercitiva che abbia, dunque, la funzione di esercitare una pressione sulla p.a. indiretta ed ulteriore rispetto all'ordine del giudice e alla minaccia di intervento in surroga del commissario *ad acta*³².

2.3.- La dichiarazione di nullità degli atti emessi in violazione o elusione del giudicato

Quanto alla possibilità per il ricorrente di domandare al giudice dell'ottemperanza di dichiarare la nullità degli atti emessi dall'amministrazione in violazione o in elusione del giudicato, tale aspetto è quello ri-

necessariamente la proponibilità anche della domanda di risarcimento per equivalente, implicita in quella." (Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23).

³² In giurisprudenza, peraltro, si registra una tendenza a ritenere cumulabili la domanda rivolta alla nomina del commissario *ad acta* e l'applicazione dell'*astreinte*, tenuto conto che, per effetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'amministrazione non perde il potere di provvedere dopo la nomina del commissario *ad acta*: ciò rende astrattamente non incompatibile la coazione indiretta costituita dall'*astreinte* con la nomina del commissario *ad acta* (cfr. Tar Campania - Napoli, sez. VIII, 23 febbraio 2012, n. 959; Tar Lazio - Roma, Sez. I, 29 dicembre 2011, n. 10305).

guardato con maggiore interesse dall'Adunanza Plenaria qui in commento. Il caso sottoposto, infatti, all'attenzione dell'Adunanza Plenaria dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, riguardava un caso in cui il ricorrente si doleva del fatto che l'amministrazione soccombente non aveva provveduto a riedire la procedura concorsuale attenendosi ai criteri fissati nella sentenza passata in giudicato pronunciata dal Tar Puglia con sent. n. 47/2007, bensì riproponendo una modalità di gestione del concorso parimenti illegittima ed elusiva dell'esito del giudizio amministrativo: la decisione della Plenaria, dunque, risolve importanti nodi interpretativi inerenti il problema della proponibilità della domanda di dichiarazione della nullità di atti emessi in violazione o elusione del giudicato da parte della pubblica amministrazione.

Innanzitutto, è da chiarire che i termini di violazione e di elusione applicati all'obbligo di attuazione del giudicato, benché utilizzati senza ulteriori specificazioni dalla norma di cui all'art. 112 c.p.a., hanno una connotazione ed un significato diverso: per violazione del giudicato, infatti, è da intendersi un'attività amministrativa che conduca all'emanazione di atti espressione di principi diversi e incompatibili con quelli espressi nel giudicato; invece, l'elusione configura un fenomeno diverso dall'aperta violazione del *decisum*, sussistendo in quei casi in cui l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire l'obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da pervenire surrettiziamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo³³.

Ciò chiarito, è utile notare come, in casi di violazione ovvero di elusione del giudicato, il giudice amministrativo, che è sempre più da ritenersi giudice del rapporto e non dell'atto, è titolare di poteri tesi a vagliare e ad assicurare l'attuazione della pretesa avanzata con il ricorso, ed in forza dei quali compete allo stesso di verificare l'ottenimento dell'utilità da parte di quel soggetto che vittoriosamente aveva esperito il giudizio³⁴. L'attribuzione del potere di dichiarare la nullità degli atti elusivi del giudicato pro-

prio al giudice amministrativo, peraltro, riposa salda su un complesso di norme di diritto sostanziale e processuale, la principale delle quali forse l'art. 21-*septies* della Legge n. 241/90, che, nella formulazione previgente al D.Lgs. n. 104/2010, prevedeva che "le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"; ad ogni conto, l'attribuzione di tale cognizione al giudice amministrativo è assicurata e confermata dalla lettera dell'art. 113 c.p.a., che include la materia della nullità del provvedimento per violazione ed elusione di giudicato tra quelle di competenza cognitoria esclusiva del giudice amministrativo³⁵, nonché dall'art. 31 c.p.a., appositamente dedicato alle azioni generali di nullità. Ciò, evidentemente, in quanto il giudice amministrativo appare essere come il giudice deputato a conoscere degli atti emessi dalla pubblica amministrazione per l'effettuazione di un vaglio di legalità degli stessi: la conclusione cui era giunta la giurisprudenza, per la quale la dichiarazione di nullità, comportando l'inesistenza dell'atto dal mondo del diritto, era sottratta al giudizio del giudice amministrativo in quanto non esternava esercizio di potere amministrativo, portava, in alcune circostanze ad evidenti perplessità³⁶; ciò poteva comportare, ad esempio, che il giudice amministrativo, interessato da una domanda di annullamento di un provvedimento, avrebbe dovuto declinare la propria giurisdizione in favore del G.O. qualora ritenesse l'atto privo degli elementi essenziali ovvero emesso da autorità assolutamente incompetente. L'attuale riparto di giurisdizione rende, invece, certamente più coerente il sistema, dal momento che assicura una più immediata tutela al destinatario dell'atto amministrativo illegittimo.

Tuttavia, non può neanche semplicisticamente ritenersi che l'amministrazione si comporti in modo elusivo del giudicato tutte quelle volte che non conforma il proprio agire all'aspettativa propria del ri-

³⁵ È stato notato in giurisprudenza che la nullità per elusione del giudicato non si attaglia ad aspetti oggettivi dell'atto, bensì derivanti da situazioni che hanno una portata eminentemente soggettiva: dunque, non possono esser fatti valere da chiunque vi abbia interesse e costituisce una *nullità relativa* (Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352).

³⁶ Nel sistema previgente all'introduzione del codice del processo amministrativo, parte della giurisprudenza riteneva che il comma 2 dell'art. 21-*septies* radicava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per le nullità derivanti da violazione o elusione del giudicato, da ciò derivando la giurisdizione del G.O. in tutti gli altri casi in cui l'atto impugnato fosse da considerare nullo (cfr. Tar Lombardia - Milano, 22 aprile 2005, n. 855). In epoca precodificistica, la giurisprudenza che tendeva a riconoscere giurisdizione al giudice amministrativo in tema di atti nulli si rifaceva spesso ai concetti di *nullità ed inesistenza*, al fine di declinare la giurisdizione in favore del G.O. solo in presenza di atti *inesistenti*.

³³ Cfr. CERRETO, *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ È stato osservato come "l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa. E ciò in coerenza con l'impostazione soggettiva dell'azione giudiziale amministrativa e in linea con l'orientamento interpretativo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale l'amministrazione, in sede di esecuzione di una decisione esecutiva del giudice amministrativo, non può rimettere in discussione quanto accertato in sede giurisdizionale (CEDU, 18 novembre 2004, *Zazanis c. Grecia*)" (Cons. Stato, 17 gennaio 2013, n. 275).

corrente vittorioso in giudizio, giacché così facendo si arriverebbe a ritenere l'inesistenza di alcuno spazio deliberativo da parte dell'amministrazione successivamente alla formazione del giudicato: il sistema attuale non permette di giungere a simili conclusioni, che determinerebbero una negazione della sovranità del potere amministrativo e una sua subalternità rispetto a quello giudiziario³⁷. In realtà, come noto, l'amministrazione non perde il proprio potere di determinarsi anche a seguito della pronuncia resa dal giudice amministrativo, in quanto solo la stessa è titolare della funzione assegnata dalla legge e tesa alla tutela di un determinato interesse o bene giuridico: il giudice amministrativo, in funzione realizzativa di quella *giustizia nell'amministrazione* sancita all'art. 100 Cost., ha solo il compito ed il potere di correggere le deviazioni del potere amministrativo, qualora lo stesso venga espresso in violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere, così da ripristinare una situazione di legalità e conformità allo spirito che informa il sistema.

È chiaro, allora, che il provvedimento emesso dall'amministrazione a seguito della formazione del giudicato, non potrà ritenersi reso in violazione o elusione dello stesso tutte le volte in cui, fermo restando i principi enucleati dal giudice in sentenza, l'amministrazione esprima, all'esito di una nuova istruttoria, le ragioni che impongono alla stessa di discostarsi dal *decisum* e che impingono in sopravvenienze fattuali o normative, ovvero in una diversa considerazione e rivalutazione della fattispecie, che non consentono, comunque, al soggetto già vincitore del giudizio, di ottenere quella utilità cui lo stesso aspirava con il processo. In questi ultimi casi, dunque, il destinatario di siffatti provvedimenti non potrebbe lamentare l'illegittimità dell'atto dinanzi al giudice dell'ottemperanza, giacché l'eventuale illegittimità del provvedimento dovrebbe esser fatta valere sulla scorta di ragioni diverse rispetto alla corretta attuazione del giudicato, con ricorso autonomo, introduttivo di un nuovo giudizio. Proprio le considerazioni svolte, tuttavia, portano nella prassi ad una duplicazione di ricorsi nel caso l'interessato intenda impugnare un provvedimento della pubblica amministrazione, lesivo della propria sfera di interessi, emesso successivamente alla formazione di un giudicato favorevole: ciò in quanto non è sempre agevole discernere se l'amministrazione si sia determinata per l'emaneazione del provvedimento sfavore-

vole all'esito di una nuova valutazione dei fatti, in perfetta complementarità con il *decisum* oppure se la riedizione dell'atto negativo sia da leggere come una manovra elusiva del giudicato. È chiaro, tuttavia, che la duplicazione dei ricorsi non è mai un fenomeno positivo ed è sempre spia di un malfunzionamento del sistema, in quanto genera unicamente disconomie: il rimedio si rivela, infatti, più costoso per il ricorrente, il quale deve sostenere due volte il costo di accesso alla giustizia; nonché tendente ad un rischio di contraddittorietà degli esiti giudiziari, che si tradurrebbe in un sostanziale diniego di giustizia.

La soluzione dell'esposto nodo, tuttavia, rappresenta il punto ove la pronuncia in commento ha apportato maggiore chiarezza: la Plenaria, infatti, ha evidenziato, innanzitutto come il giudice dell'ottemperanza sia il giudice naturale dell'attuazione dei principi espressi con la sentenza da eseguire, per la quale ragione, lo stesso è nella generalità dei casi da considerare come il giudice da adire da parte della parte vittoriosa o che, comunque, abbia un interesse all'esecuzione della pronuncia; il rischio, invece, che l'azione di ottemperanza possa esitare in un giudizio di inammissibilità dovuto al fatto che il provvedimento negativo sia da intendersi come frutto di una nuova attività istruttoria, in chiave non elusiva del giudicato, può essere scongiurato tramite il ricorso al principio di salvezza degli atti processuali. Infatti, la pronuncia della Plenaria valorizza il ricorso alla possibilità, stabilita dal codice processuale, di cumulo delle domande e di modificazione del rito, con funzione di salvezza della domanda avanzata dalla parte istante. Chiaramente, intanto sarà possibile l'applicazione dei principi di cui all'art. 32 c.p.a., in quanto siano presenti nel ricorso tutti gli elementi propri e siano rispettati i termini di proposizione dell'azione domandata; al che, la modalità di presentazione del ricorso avverso i provvedimenti negativi emessi dall'amministrazione successivamente alla formazione di un giudicato favorevole, consiste in un ricorso, proposto nei termini ordinari previsti all'art. 41 c.p.a., e che presenti una duplice domanda, tesa all'annullamento del provvedimento per elusione del giudicato e, in via subordinata, all'annullamento del medesimo provvedimento per vizi propri dell'atto. In tal senso, sarà il giudice investito della cognizione del ricorso a valutare la ragione dell'illegittimità dell'atto, trovandosi a giudicare come giudice dell'ottemperanza ovvero come giudice dell'annullamento a secondo di come intenda quali-

³⁷ Cfr. sul punto, FRENI – CLARIZIA, *Il processo amministrativo nella giurisprudenza*, Giuffrè, 2012, p. 267 ss; cfr. anche CERRETO, *La ricerca del difficile equilibrio tra vincolatività del giudicato e riedizione del potere amministrativo*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, n. 2, pp. 170-188.

ficare il vizio del provvedimento impugnato³⁸. Nel modo illustrato, infatti, il giudice dell'ottemperanza, adito in forza della domanda principale, in caso ritenesse da rigettare la domanda di nullità del provvedimento impugnato, valutati come sussistenti i requisiti per la procedibilità dell'azione di annullamento, rimetterà il giudizio dinanzi al giudice competente alla cognizione del ricorso per le determinazioni in ordine alla domanda subordinata, convertendo così il rito, ai sensi dell'art. 32 c.p.a.. È da ritenere, comunque, data la formulazione dell'art. 32 c.p.a. che perché il giudice amministrativo possa disporre la conversione dell'azione e del rito non sia neanche necessario che il ricorrente presenti una duplice domanda di dichiarazione di nullità o di annullamento del provvedimento; ed infatti, sempreché in presenza dei presupposti di legge, sarà il giudice amministrativo, sulla scorta dei motivi in diritto enunciati nel ricorso, a qualificare correttamente l'azione, interpretando la volontà del ricorrente e correggendo eventuali vizi della qualificazione della domanda³⁹.

Dunque, la pronuncia della Plenaria consente all'interprete di ritenere ammissibile il superamento dei limiti imposti al giudice dalla qualificazione della domanda nel ricorso introduttivo del giudizio, valorizzando il principio di salvezza degli atti processuali e di conversione dell'azione, in esaltazione del ruolo dei principi espressi dall'art. 32 c.p.a., sempreché in presenza dei presupposti per la corretta procedibilità dell'azione.

3.- La duttilità del giudizio di ottemperanza

Il volto del giudizio di ottemperanza, come esce dall'interpretazione effettuata dalla pronuncia n. 2/2013 dell'Adunanza Plenaria è quella di un'azione che si caratterizza come duttile e assolutamente adeguata ad assicurare alla parte vittoriosa in giudizio tutta l'utilità cui la stessa ha diritto in forza del giu-

dicato; ed in tale contesto, il giudice dell'ottemperanza diventa sempre più il giudice di ogni questione successiva alla pronuncia della sentenza. In effetti, il fulcro di tale impostazione dell'azione di ottemperanza sta proprio nel riconoscimento del potere di cognizione del rapporto in capo al giudice amministrativo e l'attribuzione allo stesso del potere di nominare propri ausiliari che si sostituiscano all'amministrazione inadempiente: il che ne rimarca bene la differenza con il giudice dell'esecuzione civile. Infatti, la peculiarità del rimedio dell'ottemperanza sta nel fatto che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario *ad acta*, non trova, lo stesso, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione *in re* del precetto giudiziario: in questo modo, si costruisce un sistema in cui è possibile superare anche gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile, offrendo potenzialità più late del rimedio processuale civilistico, nel senso di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza⁴⁰.

La Plenaria qui in commento non fa altro che ripetere e valorizzare tale impostazione, ponendo anche l'accento sulla duttilità dello strumento, il quale offre la possibilità, al ricorrente avveduto, di cumulare dinanzi al giudice dell'ottemperanza qualunque domanda inerente atti amministrativi negativi che si assumano contrastare con il fine dell'attuazione del *decisum*: lo spostamento dell'asse della cognizione del giudice amministrativo dall'atto al rapporto consente allo stesso di interpretare la volontà del ricorrente e di mutare il rito, sempre previa verifica dei presupposti di legge, in modo da offrire all'interessato tutta l'utilità che allo stesso è riconosciuta dal giudicato favorevole. Tutto ciò rimarca l'idea che il processo deve essere uno strumento al servizio del diritto sostanziale e non, invece, un percorso ad ostacoli che deve tendere a far inciampare il ricorrente che ha ragione delle posizioni giuridiche fatte valere.

³⁸ Ad ogni modo, è da segnalare che la posizione espressa dall'Adunanza Plenaria n. 2/2013 recepisce un indirizzo giurisprudenziale già conosciuto ed espresso in alcune pronunce (cfr. Tar Lazio – Roma, Sez. I, 14 aprile 2011, n. 3255, il quale riteneva sul punto che “Le due azioni, infatti, non sono in antitesi, ben potendo l'interessato, a fronte di un rinnovato esercizio del potere amministrativo, sia agire per l'ottemperanza, deducendo la violazione o l'elusione del giudicato, sia impugnare l'atto al fine di non incorrere nella inevitabile decadenza dall'azione ove il giudice dovesse respingere o comunque non accogliere l'azione di ottemperanza.. D'altra parte, l'ammissibilità del cumulo delle domande è espressamente sancita dall'art. 32 del codice del processo amministrativo, per cui non sussiste un'alternatività tra i due ricorsi, essendo anzi fisiologico che, accanto all'azione di esecuzione, il ricorrente possa proporre un nuovo giudizio di impugnazione dell'atto ancora una volta lesivo della sua sfera giuridica per l'ipotesi in cui il ricorso per l'ottemperanza non sia accolto”).

³⁹ Cfr. sul punto, QUARANTA – LOPILATO, *Il processo amministrativo (commentario al D.Lgs. 104/2010)*, Giuffrè, 2011, p. 326-327.

⁴⁰ Cfr. Cons. St. sez. V, 20 dicembre 2011, n.6688.