

Definizione pretoria della legittimazione attiva alla proposizione del giudizio di ottemperanza e limiti soggettivi del giudicato amministrativo

di Francesco FOGGIA

Brevi riflessioni sulla opportunità di compressione della portata soggettiva del giudicato e, conseguentemente, della introduzione ad opera del giudice amministrativo di limiti all'esperienza del giudizio di ottemperanza da parte di soggetti diversi da quelli nei cui confronti la sentenza da eseguire fu pronunciata (Cons. St., Sez. VI, 24 novembre 2015, n. 3534).

1

La pronuncia in commento è espressione delle tendenze interpretative più diffuse attualmente nella giurisprudenza amministrativa e che riferiscono agli istituti del diritto processuale amministrativo norme e regole ricavate dal sistema processuale civile; la tendenza in questione, tuttavia, sembra all'Autore del presente contributo sottrarre al diritto processuale amministrativo quella funzione pubblicistica che ne costituisce la stessa ragion d'essere, almeno sotto il profilo genetico. In particolare, l'Autore analizza in chiave critica la scelta di riferire al giudicato amministrativo la nozione di giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ., che limita alle parti, loro eredi e aventi causa gli effetti della pronuncia: infatti, uno degli effetti di tale scelta ermeneutica consiste nell'impedire la legittimazione alla proposizione dell'azione di ottemperanza da parte di terzi che abbiano interesse all'esecuzione della pronuncia, determinando preclusioni processuali che non sono contenute nella legge e che non sono informate a garantire la funzione pubblicistica del giudizio.

The analyzed sentence express the actually most widespread interpretative trend in the administrative justice, which refers to the administrative law institutions and rules acquired from the civil procedures; the Author consider that the actual trend distances the law of administrative procedure by the public purpose that caused its genesis and its reason to exist. More in detail, the Author critic the sentence because it refers to the administrative judgement the rule, acquired from laws of civil procedure, that limit just between the processual parties the legal validity of the judgement. One of the consequences of this interpretation consists to preclude the person not party of the judgement from the possibility to proceed under the law to execute it: in this way, the referred interpretation creates limits not established by the law and opposite to the publicistic purpose of the laws of administrative procedure.

SOMMARIO: 1.- La legittimazione a proporre il giudizio di ottemperanza da parte di terzi estranei al giudizio principale nella sentenza in commento; 2.- La funzione della giustizia amministrativa; 3.- Giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto e funzione pubblicistica della giurisdizione amministrativa; 4.- Latitudine soggettiva del giudicato amministrativo e riferibilità allo stesso della norma di cui all'art. 2909 cod. civ.; 5.- Inopportunità della interpretazione restrittiva in ordine alla legittimazione a proporre il giudizio di ottemperanza.

1. La legittimazione a proporre il giudizio di ottemperanza da parte di terzi estranei al giudizio principale nella sentenza in commento.

La pronuncia offerta in commento offre lo spunto per esprimere qualche riflessione sulla funzione della giustizia amministrativa e sulla opportunità di interpretare la legittimazione a proporre il giudizio di ottemperanza come ristretta alle sole parti del giudizio principale.

Il ricorso in ottemperanza, dal quale origina la pronuncia stessa, era proposto, invero, da alcuni insegnanti in possesso di diploma rilasciato da scuole e istituti magistrali, conseguito entro l'anno scolastico 2001-02 ed era finalizzato ad ottenere l'esecuzione, anche in proprio vantaggio, di una sentenza passata in giudicato emessa dal Consiglio di Stato, nell'aprile 2015, con la quale il

giudice amministrativo aveva ritenuto l'illegittimità di un Decreto emesso dal Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, con il quale era impedito l'iscrizione degli insegnanti in possesso di diploma magistrale, conseguito entro l'anno 2001-02, nelle Graduatorie ad Esaurimento (con conseguente impossibilità per questi ultimi di essere destinatari di contratti di assunzione a tempo indeterminato nella scuola).

È da premettere, per consentire la più agevole e migliore comprensione della questione di fatto e dei suoi risvolti in diritto, che il ricorso in questione si inseriva in un contenzioso seriale che ha visto una folta schiera di docenti precari della scuola, in possesso di diploma magistrale, adire sotto diverse forme e in diversi modi il giudice amministrativo per ottenere la declaratoria di annullamento dei decreti ministeriali di aggiornamento delle Graduatorie ad Esaurimento (di seguito GaE) che sistematicamente escludevano tale numero di docenti dall'iscrizione nelle Graduatorie stesse. Dopo una serie di incertezze, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1973 dell'aprile 2015 disponeva, come detto, l'annullamento del Decreto Ministeriale che illegittimamente impediva l'iscrizione in GaE dei docenti in possesso di diploma magistrale conseguito prima dell'a.s. 2001-02: benché, peraltro, la motivazione della sentenza contenesse un ragionamento logico-giuridico gene-

rale, che prescindeva da situazioni individuali facenti capo ai singoli ricorrenti, il dispositivo della sentenza, nel prevedere l'annullamento del D.M., riferiva ai soli ricorrenti il conseguenziale vantaggio della possibilità di iscrizione in GaE. Il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, nell'eseguire la pronuncia, consentiva l'iscrizione in GaE ai ricorrenti vittoriosi in quel giudizio, ma continuava a riferire gli effetti preclusivi all'iscrizione in GaE del Decreto Ministeriale dichiarato illegittimo e, dunque, oggetto della pronuncia di annullamento, a quei docenti che non avevano esperito il giudizio.

Forti, dunque, della natura di *atto generale* del Decreto Ministeriale annullato dal Consiglio di Stato¹ e evidentemente spinti dal carattere *erga omnes* della pronuncia emessa dal giudice amministrativo², un gruppo di insegnanti, abilitati all'insegnamento con diploma magistrale, che non aveva proposto l'azione di annullamento del Decreto Ministeriale lesivo (e, dunque, decaduti dalla possibilità di esperimento dell'azione di legittimità), adivano il Consiglio di Stato, in qualità di giudice dell'ottemperanza, per domandare l'estensione degli effetti conformativi del giudicato anche nei propri confronti; ovvero, in subordine, per domandare chiarimenti, ai sensi dell'art. 112 ult. comma c.p.a., sull'effettiva portata *erga omnes*, della pronuncia già resa.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, riteneva la domanda proposta inammissibile, opinando come la legittimazione alla proposizione dell'azione di ottemperanza spetti solo alle parti del giudizio principale, in considerazione anche della latitudine soggettiva del giudicato emesso all'esito del giudizio di cognizione, riferito solo alle parti del primo giudizio.

Con la pronuncia in questione, dunque, il Consiglio di Stato ha riferito al giudicato amministrativo la nozione di giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ., rintracciandone i confini soggettivi nelle parti, eredi e loro aventi causa, del giudizio principale e così escludendo dalla possibilità di far valere gli effetti conformativi del giudicato di annullamento dell'atto generale, quei soggetti che, pur destinatari degli effetti illegittimi dell'atto annullato, non avevano proposto tempestivamente l'azione di annullamento. In tal modo, il giudice amministrativo ha implicitamente consentito che un atto generale (dunque suscettibile di effetti *erga omnes*), dichiarato illegittimo dallo stesso giudice, continuasse a produrre effetti pregiudizievoli nella sfera soggettiva di chi non aveva tempestivamente proposto doglianza contro il provvedimento ministeriale: in tal modo, implicitamente affermando il carattere prettamente soggettivo del giudizio amministrativo, qualificandolo come giudizio sul rapporto, e allontanando, invece, il giudizio dalla funzione pubblicistica, consistente nell'approntare una tutela oggettiva contro le espressioni illegittime di esercizio della funzione amministrativa.

Posto che non si disconosce che la pronuncia in commento sia il riflesso di tendenze molto attuali di interpretazione del diritto processuale amministrativo, si ritiene

di poter ragionare sulla opportunità delle scelte interpretative sottese alla pronuncia resa, esprimendo qualche breve riflessione su quella che è la funzione della giustizia amministrativa, per poi approdare ad esprimere alcune considerazioni in ordine alla opportunità di limitare la legittimazione attiva del giudizio di ottemperanza alle sole parti del giudizio principale.

2.- La funzione della giustizia amministrativa.

Non vi è dubbio che, fin dalla sua prima genesi, la giustizia amministrativa è stata pensata, nel nostro Paese, come una istituzione utile a garantire tutela al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, anche rispetto a forme di ingerenza ulteriori e più sottili rispetto a quelle della lesione dei diritti propriamente intesi. Agli albori del Regno di Italia era ritenuto, infatti, pacifico che il cittadino dovesse essere garantito rispetto alla potenziale lesione dei propri diritti da parte di provvedimenti amministrativi e si sceglieva, seguendo il modello della unicità della giurisdizione, di affidare la cognizione di tali situazioni al giudice ordinario; tuttavia, era avvertito già in tale periodo che non fosse sufficiente garantire l'amministrato dal potere amministrativo solo rispetto a lesioni dei propri diritti, che, come tali, sarebbero state idonee ad arginare solo la produzione di effetti macroscopicamente dannosi per il destinatario. La percezione della delicatezza dell'esercizio del potere amministrativo, in relazione ai suoi effetti, suggeriva, invece, l'approntamento di una forma di tutela più completa e capillare, idonea a creare una relazione biunivoca tra l'interesse generale alla corretta amministrazione della *res publica* e l'interesse particolare dell'amministrato a non essere lesa nelle proprie aspettative o a reagire rispetto ad atti lesivi della propria sfera soggettiva. Il sistema di giustizia amministrativa nasce e si sviluppa, allora, come forma di reazione del cittadino rispetto ad atti e comportamenti assunti dalla pubblica amministrazione, i quali, determinando una lesione immediata della sfera di interessi dell'amministrato, sono espressione di un esercizio illegittimo della funzione amministrativa: in tal senso e con gli opportuni limiti, il sistema di giustizia amministrativa definisce anche un sistema di controllo diffuso sull'operare delle amministrazioni pubbliche.

Si ritiene, dunque, ancora efficacissima la considerazione secondo cui il sistema di giustizia amministrativa tende ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, intesa come controllo sull'esercizio legittimo della funzione conferita dalla legge agli organi amministrativi³: in tal senso, non sembra scorretto ritenere che il sistema di giustizia amministrativa ha la funzione di tutelare la correttezza dell'esercizio del potere amministrativo e solo mediatamente l'interesse pretensivo o oppositivo del cittadino che ricorre in giudizio. Con ciò, non si intende disconoscere o criticare l'impostazione che vede il processo amministrativo come un processo essenzialmente di parti, nel senso che si instaura necessariamente su impulso di parte ricorrente e si estingue, senza una pronuncia sul merito, per il caso della volon-

¹ La natura di atti generale del Decreto con il quale il M.I.U.R. aveva disposto l'aggiornamento delle GaE escludendo dall'iscrizione i docenti in possesso di diploma magistrale, è stata dichiarata espressamente, tra l'altro, dallo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4232 del 10 settembre 2015.

² Il carattere generale e, dunque, riferibile *erga omnes* della pronuncia n. 1973/2015 emessa dal Consiglio di Stato è stata, tra l'altro, dichiarata dallo stesso Consiglio di Stato nell'ambito della sentenza n. 5439 del 2 dicembre 2015.

³ L'art. 100 della Carta costituzionale letteralmente dispone che "Il Consiglio di Stato è organo .. di tutela della giustizia nell'amministrazione". Si ricorda il discorso del 1880 pronunciato da Silvio Spaventa all'atto del proprio insediamento al Consiglio di Stato, raccolto in varie edizioni, tra cui ALATRI (a cura di), *Silvio Spaventa. La giustizia nell'Amministrazione*, Torino, 1949.



tà del ricorrente di rinunciare al ricorso ovvero per il caso della mera dichiarazione o del rilievo da parte del giudice della sopravvenuta carenza di interesse da parte del soggetto che ha dato impulso al processo; non di meno, che lo stesso *thema decidendum* è individuato dalla parte ricorrente mediante l'enunciazione dei motivi espressi con il ricorso, spogliando il giudice di qualunque potestà di indagine sulla legittimità del comportamento dell'amministrazione ulteriore rispetto al perimetro delle censure espresse con il ricorso. Tuttavia, il controllo che si instaura sull'operato dell'amministrazione da parte del giudice amministrativo in occasione del processo può inquadrarsi come solo una delle forme di controllo esterno sull'agire della p.a., che sono approntate dall'ordinamento e che trae necessariamente origine dall'interesse mediato del cittadino a reagire rispetto alla compressione di un proprio interesse: non sfugge, invero, che la giustizia amministrativa nasce, in Italia, proprio all'interno delle amministrazioni stesse, sotto forma di uffici deputati a ricevere le istanze di revisione degli atti da parte dei cittadini che si ritenessero destinatari di provvedimenti ingiusti o contrari a norme di legge. Solo la volontà e la consapevolezza dell'importanza di un ruolo maggiormente imparziale del soggetto giudicante, ha condotto il legislatore ad individuare un giudice esterno alla singola amministrazione che, dunque, non fosse coinvolto in logiche ed interessi particolari che facessero capo allo specifico plesso degli uffici burocratici di una determinata realtà: un giudice, pur tuttavia, comunque speciale, nel senso da essere comunque un giudice inserito nell'apparato amministrativo e, dunque, un giudice *dell'amministrazione* e *nell'amministrazione*. In questo senso, non appare peregrina la scelta di individuare tale soggetto giudicante in quello stesso organo che già era deputato ad offrire consulenza alle amministrazioni che ne facessero richiesta: il Consiglio di Stato, in ragione dell'alta competenza dei suoi componenti, della estraneità a singoli plessi amministrativi e della funzione di consulenza che era deputato ad assolvere, rappresentava l'organo più efficace a garantire il cittadino rispetto alla correttezza e alla legalità delle determinazioni assunte dalla amministrazione, ancorché lesive della posizione soggettiva dei destinatari.

La giurisdizione di legittimità, dunque, assurge, non a caso, a paradigma della funzione del giudice amministrativo, chiamato a verificare la rispondenza del prodotto dell'esercizio della funzione amministrativa, rispetto a canoni di legittimità, declinati nelle forme della violazione di legge, dell'eccesso di potere e della incompetenza. L'effetto della verifica e della valutazione operate dal giudice speciale è quello demolitorio del provvedimento illegittimo, intanto possibile in quanto il giudice stesso è organo dell'amministrazione, titolare, dunque, di uno speciale potere cassatorio (di annullamento): potere cassatorio che, non a caso, non è attribuito al giudice ordinario in quanto organo, quest'ultimo, del potere giudiziario, estraneo, quindi, al potere esecutivo/amministrativo di cui è organo, invece, il giudice amministrativo.

Certamente può discutersi, oggi, della opportunità di conservare un organo giudicante non pienamente terzo rispetto alle parti che si confrontano nel processo: il superamento del modello della pubblica amministrazione come accentrata, verticale e non paritaria rispetto all'amministrato, porta certamente ad avvertire

l'esigenza che sia deputato alla verifica degli atti amministrativi un soggetto giudicante che incarni in modo maggiormente pieno quei caratteri di terzietà ed imparzialità riferiti dall'art. 111 comma secondo della Carta costituzionale all'esercizio della funzione giudicante (comma, non a caso, non richiamato dall'art. 2 del Codice del processo amministrativo), che concorrono a realizzare i caratteri del cd. *giusto processo*. Se può ragionarsi, allora, anche molto opportunamente, circa l'approntamento di rimedi che mirano ad assicurare una maggiore terzietà ed imparzialità del giudice amministrativo rispetto all'amministrazione, non sembra che possa mettersi in discussione, almeno nell'attuale sistema normativo, la funzione della giustizia amministrativa, definita come sopra, nel senso di garantire la *giustizia nell'amministrazione*, con l'obiettivo di tutelare gli amministrati rispetto all'esercizio distorto della funzione e rispetto alla produzione di effetti dell'attività amministrativa illegittimamente pregiudizievoli nella sfera dei singoli. Appare, infatti, che il superamento della funzione della giustizia amministrativa, così delineata, determinerebbe l'inutilità della stessa conservazione di un apparato giudiziale speciale, come attualmente pensato e disciplinato dalla Costituzione, in quanto verrebbe a scomparire quello stesso carattere mediato dell'interesse del singolo a reagire rispetto ad un comportamento amministrativo che si assume illegittimo, intorno al quale si impernia la nozione e il senso della figura dell'interesse legittimo.

3.- Giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto e funzione pubblicistica della giurisdizione amministrativa.

L'evoluzione del diritto amministrativo avutasi, particolarmente dall'inizio degli anni '90 ha portato progressivamente al superamento della visione subordinata del rapporto tra cittadino e amministrazione e all'affermarsi di una concezione in cui tali soggetti agiscono in modo sempre più paritario, sebbene nella persecuzione di fini diversi, l'uno individuali, l'altro pubblici. Il diritto amministrativo progressivamente assume la fisionomia di ambito di regolamentazione del raggiungimento dei fini pubblici mediante il minor sacrificio possibile degli interessi privati e, dunque, sposta la centralità del suo oggetto verso il rapporto che lega amministrazione ed amministrato.

La ricerca della composizione ottimale degli interessi in conflitto ha portato il legislatore a procedimentalizzare l'attività amministrativa, inserendovi momenti di confronto con il destinatario dell'atto e con i soggetti comunque portatori di interessi riguardati dal procedimento, favorendo la partecipazione degli stessi all'attività amministrativa. Lo sforzo di garantire sempre di più il privato dall'indebita ingerenza del potere pubblico nella propria sfera di interessi individuali ha altresì portato, la giurisprudenza prima ed il legislatore poi, a ritenere risarcibile la ingiusta lesione dell'interesse legittimo, così proteggendo la posizione soggettiva qualificabile come interesse legittimo alla stessa stregua e con la medesima pienezza del diritto soggettivo. Anche nell'ambito del diritto del lavoro pubblico si è assistito, negli stessi anni, alla privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego, che ha avvicinato il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni a quello di tipo privatistico, anche nell'ottica imitativa di modelli aziendalistici che

consentissero la persecuzione dell'obiettivo dell'efficiamento dell'apparato amministrativo.

La lettura dell'esercizio della funzione amministrativa nel senso della valorizzazione e la ricerca del consenso delle parti all'interno del procedimento, la configurazione della responsabilità dell'amministrazione per la lesione dell'interesse legittimo, nonché l'inquadramento dei rapporti di lavoro pubblico come rapporti informati a regole di diritto privato hanno sempre più avvicinato il diritto amministrativo al diritto privato, dal quale sono stati mutuati anche modelli alternativi di esercizio della funzione pubblica, mediante la teorizzazione dell'attività negoziale della pubblica amministrazione e la previsione di momenti collegiali di formazione della volontà amministrativa, secondo il modello della conferenza di servizi.

Sotto il profilo della teoria del processo, l'ispirazione a modelli privatistici del diritto amministrativo ha condotto al progressivo avvicinamento del processo amministrativo al processo civile e alla conseguente lettura del processo come rapporto di parti, teso alla risoluzione della controversia portata *sub iudice*, con l'approntamento di strumenti volti a garantire la massima protezione dell'interesse privato⁴: tale influsso processual-civilistico nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa ha portato sempre di più a definire il modello di giustizia amministrativa come giudizio sul rapporto piuttosto che come giudizio sull'atto.

La concezione soggettiva del giudizio amministrativo, nel senso della centralità della tutela del soggetto privato, mediante il conferimento di una tutela piena alla lesione delle posizioni soggettive di colui che agisce in giudizio, e lo spostamento dell'oggetto del giudizio dall'atto al rapporto, con conseguente spostamento del baricentro del processo dalla legittimità dell'azione amministrativa alla risoluzione della singola controversia, porta con sé il rischio dello smarrimento della funzione eminentemente pubblicistica del processo amministrativo, volto a perseguire, come detto sopra, la finalità di realizzare giustizia nell'amministrazione. La predisposizione, invero, di maggiori livelli di tutela per l'amministrato, in omaggio anche ad una concezione più moderna del rapporto tra quest'ultimo e l'amministrazione, non può, invero, smarrire il senso specifico della funzione pubblicistica del processo: la quale, lungi dal legarsi a logiche autoritarie o a modelli che tendono a leggere i rapporti tra amministrazione e amministrati in senso non paritario, è finalizzata ad approntare ambiti di tutela più ampi e più generali rispetto a quelli in cui è rilegato il processo civile.

Invero, a ben pensare, l'approntamento di garanzie partecipative all'attività procedimentale della pubblica amministrazione e la individuazione di strumenti proces-

suali atti a rendere sempre più coercitiva la tutela approntata dal giudice e sempre più garantita la sfera soggettiva del privato, sono per lo più il tentativo di correggere le storture dell'apparato amministrativo, garantendo maggiore soddisfazione al soggetto che ricorre in giudizio (mediante l'inasprimento delle conseguenze cui la p.a. soggiace in caso di emanazione di atti o l'assunzione di comportamenti illegittimi: da quelle economiche delle penalità di mora e del risarcimento, a quelle del commissariamento degli organi amministrativi o addirittura a quelle della avocazione della funzione amministrativa al giudice, nel caso in cui la pubblica amministrazione si mostri inerte nell'emanazione di provvedimenti a contenuto vincolato) e quasi marginalizzando l'intento primo di realizzare un controllo sull'esercizio della funzione amministrativa mediante la verifica del procedimento e del provvedimento, quale prodotto finale in cui si esprime l'attività.

Ciò, peraltro, sempre più rendendo il processo amministrativo inadeguato e insoddisfacente, in quanto privo di quei caratteri e di quegli strumenti che fanno, invece, del processo civile il luogo più efficace per lo svolgimento di una effettiva indagine sul rapporto, ossia: l'effettiva terzietà ed imparzialità del giudice e la maggiore ricchezza di strumenti probatori (in primo luogo: tramite la disciplina della testimonianza). Ed infatti, il processo amministrativo, malgrado le intenzioni e le tendenze interpretative, resta, allo stato, un giudizio incentrato, sostanzialmente sull'atto, quale specchio dell'attività e del comportamento dell'amministrazione, e modellato sull'azione di annullamento del provvedimento illegittimo: è lo stesso art. 34 c.p.a. che, nel chiarire come *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*, enuncia chiaramente l'inadeguatezza del processo amministrativo a realizzare un effettivo giudizio sul rapporto e ad affermare la centralità, nel processo amministrativo, del procedimento e del provvedimento quale forma di espressione dell'amministrazione.

4.- Latitudine soggettiva del giudicato amministrativo e riferibilità allo stesso della norma di cui all'art. 2909 cod. civ..

Le tendenze interpretative degli istituti del sistema di giustizia amministrativa di matrice processual-civilistica si riflettono anche nell'elaborazione della nozione di giudicato amministrativo: la pronuncia in commento, come riferito in premessa, riferisce al giudicato amministrativo una latitudine soggettiva limitata alle parti del giudizio che vi ha dato origine, in tal modo implicitamente riferendo al giudicato amministrativo la nozione di giudicato in senso sostanziale mutuata dall'art. 2909 cod. civ., secondo il quale il giudicato fa stato tra le parti, gli eredi e gli aventi causa. Tale statuizione del giudice amministrativo, espressa con la sentenza in commento, costituisce un momento fondamentale del ragionamento condotto dal giudice stesso e che ha portato ad escludere la legittimazione attiva dei ricorrenti nel giudizio di ottemperanza: infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che *"il perimetro, soggettivo e oggettivo, del giudizio di ottemperanza non può essere più ampio di quello del giudizio di cognizione"*, come cristallizzato, evidentemente, nel giudicato.

Posto, tuttavia, che il Codice del processo amministrativo non definisce espressamente la nozione di giudicato, non è peregrino interrogarsi sulla riferibilità di tale nor-

⁴ Non si può tacere che la visione che riporta del processo amministrativo si basa per lo più sul complesso degli istituti e sulle norme del diritto processuale emergenti dal Codice del processo amministrativo e dalle leggi processuali speciali, che offrono una serie di strumenti al giudice e al ricorrente le quali, se davvero utilizzate e attuate in tutta la loro pienezza offrirebbero potentissimi elementi di tutela al cittadino specie contro comportamenti ostruzionistici o inerti dell'amministrazione pubblica, nonché in tema di risarcimento per danno da ritardo e da attività amministrativa illegittima. Purtroppo troppo spesso si assiste, ad opinione di chi scrive, alla vanificazione della potenzialità di tali strumenti processuali per la preoccupazione della magistratura amministrativa di evitare effetti eccessivamente pregiudizievoli per l'amministrazione, soprattutto sotto il profilo economico.

ma, ripresa dal codice civile, al giudicato amministrativo, facendo attenzione al sistema delle fonti, nonché applicando una interpretazione che valorizzi la specificità del giudizio amministrativo.

Innanzitutto, è da premettere che abbastanza pacificamente può riferirsi alla nozione di giudicato amministrativo l'accezione formale ricavabile dall'art. 324 cod. proc. civ., in ragione del rinvio esterno operato per mezzo dell'art. 39 cod. proc. amm., che consente l'applicazione all'interno del sistema di giustizia amministrativa delle norme della procedura civile, in quanto applicabili. Invero, il rinvio operato dall'art. 39 cod. proc. amm. alla disposizione dell'art. 324 cod. proc. civ., ben aiuta l'interprete a definire, anche con riferimento al sistema della giustizia amministrativa, il giudicato cd. formale, che la norma processual-civilistica individua nella pronuncia che ha acquistato definitiva stabilità, in quanto non più soggetta ad impugnazione (quanto meno nelle forme delle impugnazioni ordinarie).

Se la norma di cui all'art. 39 c.p.a., come detto, consente di estendere anche al giudicato amministrativo la nozione di giudicato formale, non sembrano essere individuabili nel Codice del processo riferimenti normativi altrettanto chiari che consentono l'applicazione all'istituto del giudicato amministrativo anche della nozione di giudicato in senso sostanziale, di cui all'art. 2909 cod. civ.⁵. Ciò, innanzitutto in ragione del fatto che espressamente l'art. 39 cod. proc. amm. rinvia alle sole "disposizioni del codice di procedura civile", limitando il rinvio a queste ultime ed escludendolo, dunque, per le ulteriori norme di carattere processuale *aliunde* rinvenibili: tale dato normativo rappresenta, dunque, indubbiamente, il primo ostacolo acché la nozione di giudicato sostanziale, contenuta nel codice civile, possa trovare ingresso nel processo amministrativo. Risulta, dunque, evidente che il primo ostacolo all'applicazione di tale norma nel contesto del diritto processuale amministrativo sia di natura normativa.

Ma la difficoltà nel riferire la portata del giudicato alle sole parti in causa è anche di tipo logico - sistematico: non si può omettere di considerare, invero, come la stessa giurisprudenza amministrativa riferisce al giudicato amministrativo la nozione di cui all'art. 2909 cod. civ., escludendone, però, poi, la riferibilità per il caso in cui il giudicato riguardi una pronuncia di annullamento di un atto generale, normativo o, comunque, a contenuto indivisibile⁶. Vien da chiedersi, allora, quale sia il

senso di ritenere, in assenza di una specifica disposizione normativa, estendibile al giudicato amministrativo una norma propria di un diverso settore del diritto processuale, per poi definire rispetto alla regola così creata, anche una eccezione, parimenti non scritta.

Non mancano, poi, ulteriori casi in cui la giustizia amministrativa, pur formalmente non mettendo mai in discussione la riferibilità del giudicato alle sole parti processuali, ha di fatto affermato la soggezione al giudicato anche di amministrazioni non parti del giudizio di primo grado: la complessità di alcuni procedimenti amministrativi prevede, infatti, la competenza a compiere determinate fasi infra-procedimentali in capo a pubbliche amministrazioni diverse da quelle che, essendo deputate ad avere il contatto diretto con il cittadino ovvero ad emettere i provvedimenti conclusivi, sono esse sole chiamate a resistere nel giudizio principale⁷. Ebbene, in tali casi sarebbe effettivamente assurdo ritenere che l'amministrazione non parte del giudizio di cognizione possa sottrarsi dall'onere di porre in essere atti endoprocedimentali o strettamente conseguenti al provvedimento principale in senso conforme al giudicato. A voler ritenere diversamente, si finirebbe con il sacrificare la garanzia della certezza dei rapporti nascenti dal giudicato e a frustrare la stessa idoneità delle pronunce giudiziarie a consentire al soggetto che ha ragione la realizzazione dell'utilità per cui agiva in giudizio; in effetti e ragionando a stretto rigore, se si sceglie di riferire il giudicato amministrativo solo alle parti tra le quali è stata pronunciata la sentenza, si finisce per mortificare la portata stessa del *dictum* giudiziale e per costringere l'amministrato ad adire le sedi giudiziarie per avere ragione della medesima situazione fattuale una numero di volte tanto più ampio, quanto più numerosi sono le connessioni tra diversi procedimenti amministrativi.

Per gli espressi rilievi, si è dell'opinione che la nozione del giudicato, in diritto amministrativo, non può conside-

rali, vale a dire di atti rivolti a destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori, atteso che soltanto in tali casi l'efficacia delle decisioni giurisdizionali si sottrae ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo" (Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4390).

⁷ Si può riportare, anche a scopo esemplificativo, la vicenda che vedeva un amministratore locale agire in ottemperanza contro l'INPDAP, in quanto tale ente non riconosceva la soggezione al giudicato formatosi tra il ricorrente ed il Comune, in ordine alla computabilità dell'indennità di direzione nel T.F.S.: l'INPDAP, infatti, riteneva di essere rimasta estranea al giudicato che aveva affermato la computabilità di detta indennità nel TFS e si rifiutava di erogare, pertanto, il trattamento di fine servizio nel senso ritenuto di giustizia all'esito del processo di cognizione. Non si manca di ricordare che effettivamente il Tar Veneto, adito come giudice dell'ottemperanza, riteneva la domanda improcedibile, sostenendo che, ai sensi dell'art. 2909 cod. civ., il giudicato facesse stato solo tra le parti processuali; era, poi, il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza di primo grado, ad accogliere la domanda del ricorrente. Tuttavia, per non mettere in discussione l'applicabilità dell'art. 2909 cod. civ., il Consiglio di Stato arrivava ad obliterare la funzione di controllo spettante all'INPS sulle modalità di calcolo del TFS da parte del Comune (che, in ottemperanza al giudicato, aveva l'onere di utilizzare come base di calcolo anche le indennità di direzione) ritenendo che "l'attività dell'Istituto [...] è di certo vincolata nel caso specifico dovendo essere eseguita, da parte del Comune e dell'INPDAP, una sentenza passata in giudicato; in questo quadro l'Istituto è obbligato alla liquidazione al ricorrente di quanto determinato dal Comune con il diverso calcolo [...] in dichiarata esecuzione dell'accertamento giurisdizionale e, perciò, in applicazione di criteri giuridici di calcolo dettati con il giudicato, non potendo l'Istituto, di conseguenza, verificare la base giuridica dei conteggi ma soltanto la loro correttezza matematica" (Cons. St., Sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7753).

⁵ Ciò nonostante, è da segnalare che il riferimento all'art. 2909 cod. civ. è stato spesso ritenuto adoperabile dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativistiche per definire il giudicato amministrativo in senso sostanziale: in tal senso cfr. CASSETTA E., "Sulle potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo", in *Rass. Dir. pubbl.*, 1951, fasc. 3; DE LISE P., *L'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo*, in *Dir. e Giur.*, 1966, p. 235 ss.; in giurisprudenza, *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 1990 n. 169; Tar Campania - Napoli, Sez. III, 14 dicembre 1988 n. 388. Nondimeno in tutti i casi segnalati si è sempre avvertita la necessità di puntualizzare delle specificità di quello che può definirsi il giudicato amministrativo, così implicitamente dimostrando l'impossibilità o, quantomeno, una certa difficoltà, di applicare *sic et simpliciter* la norma di cui all'art. 2909 cod. civ. al sistema di giustizia amministrativa.

⁶ Come già da tempo affermato in giurisprudenza: "la *fattispecie all'esame non consente neppure di avvalersi del principio di efficacia erga omnes delle pronunce del giudice amministrativo, il quale trova applicazione soltanto nelle ipotesi in cui si tratti dell'annullamento di atti normativi secondari o amministrativi gene-*

rarsi riferita unicamente alle parti, ai loro eredi e aventi causa, come, invece, espressamente previsto per il giudicato civile: si mostra, pertanto, decisamente opinabile la convinzione di quanti estendono al giudicato amministrativo la nozione di giudicato sostanziale ripresa dall'art. 2909 cod. civ.. Si ritiene, invece, che la nozione di giudicato in diritto amministrativo si allontani molto dalla nozione civilistica e possa, più correttamente, essere definita solo nel suo aspetto formale, per essere, dunque, ricondotta alla nozione chiovendiana di *preclusione*⁸; in tal senso sembra di potersi sostenere che il giudicato amministrativo definisce una controversia limitatamente alle censure dedotte e sulle quali il giudice amministrativo ebbe a pronunciarsi, lasciando libera l'amministrazione di determinarsi successivamente in modo aderente alla pronuncia o modificativo del rapporto in essa disciplinato, con l'unico limite di conformarsi alla *regula iuris* espressa nella sentenza⁹.

Ciò anche in ragione del fatto che nel sistema di giustizia amministrativa il formarsi del giudicato non esaurisce appieno la controversia: infatti, a seguito della formazione del giudicato, l'amministrazione e la parte privata restano libere di intervenire sul rapporto controverso, modificandolo, essendo vincolati unicamente agli effetti (demolitori, ripristinatori, preclusivi, conformativi) espressi nella pronuncia giudiziale, nel limite di quanto dedotto in giudizio.

5.- Inopportunità della interpretazione restrittiva in ordine alla legittimazione a proporre il giudizio di ottemperanza.

Sulla scorta delle definite coordinate interpretative, dunque, non può mostrarsi adesione rispetto alla opzione interpretativa adottata dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento. Con la stessa, infatti, il giudice amministrativo riteneva carenti di legittimazione alla proposizione del giudizio di ottemperanza i ricorrenti, in quanto soggetti non parte del giudizio principale, ritenendo così, implicitamente, che il giudizio definito avesse ad oggetto la composizione di una controversia inerente le parti in lite e non, invece, la definizione di una statuizione in ordine al corretto esercizio della funzione amministrativa da parte del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca e produttiva di effetti *erga omnes*. Non si manchi di notare, sul punto, come il provvedimento oggetto di annullamento nel giudizio principale fosse stato un atto generale, come tale suscettibile di applicazione generalizzata e non avente destinatari individuati o individuabili *ex ante*: se, dunque, gli effetti dell'atto generale sono riferibili all'intera platea dei consociati (nei limiti in cui gli stessi possano ritenersi riguardati dall'oggetto del provvedimento), c'è da chiedersi per quale ragione non possa riferirsi alla stessa indifferenziata platea l'elisione degli effetti del provvedimento per opera della decisione giudiziale.

Non di meno, proprio con riferimento all'elaborazione degli effetti della caducazione degli atti generali, parte della dottrina e della giurisprudenza, pur non sempre rinunciando a riferire al giudicato amministrativo il carat-

tere di giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ., ha già riconosciuto che in limitati casi fossero legittimati all'ottemperanza anche soggetti terzi che non avessero partecipato al giudizio principale: invero, parte della giurisprudenza, in senso difforme da quanto opinato con la pronuncia in commento, ha già in passato ritenuto, invero, che la legittimazione alla domanda di ottemperanza possa essere estesa anche a terzi non parti del giudizio principale, benché alla sussistenza di una serie abbastanza severa di condizioni, quali: I) il giudizio di ottemperanza deve avere ad oggetto un giudicato che abbia annullato un provvedimento amministrativo, in senso favorevole all'originario ricorrente; II) la legittimazione dei terzi estranei deve inerire al solo profilo casatorio del giudicato; III) il giudicato deve incidere su un atto indivisibile che, oltre ad essere caratterizzato da una pluralità di destinatari, abbia un contenuto inscindibile sicché non possa essere scisso in distinte ed autonome determinazioni, ovvero su un atto collettivo, che, parimenti, non possa essere ritenuto, all'esito del giudizio di annullamento, esistente per taluni o inesistente per altri¹⁰.

Si osservi che, finanche nell'ambito dei ristretti limiti in cui la riferita parte degli interpreti ritengono ammissibile l'estensione a terzi estranei al giudizio principale della legittimazione attiva alla proposizione della domanda di ottemperanza, il Consiglio di Stato, nel giudizio in commento, avrebbe potuto ritenere ammissibile l'azione proposta: come detto, infatti, i docenti che proponevano la domanda di ottemperanza, miravano a conseguire gli effetti favorevoli della pronuncia di annullamento di un atto indivisibile, quale il Decreto Ministeriale che disciplinava l'iscrizione nelle GaE, già annullato dallo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza, appunto, di cui si domandava l'ottemperanza.

Il Consiglio di Stato, dunque, con la pronuncia in commento, assume una posizione di totale chiusura rispetto alla possibilità di utilizzo dello strumento di ottemperanza da parte di chi non è stato parte del giudizio principale: nella stessa pronuncia, infatti, ben si legge che ai fini della dichiarazione dell'inammissibilità del gravame, il giudice amministrativo ha inteso prescindere dall'indagine della qualificazione del provvedimento ministeriale come atto generale, ritenendo che la valutazione di tale dato non avrebbe influito sul segno della pronuncia.

Eppure, non può non notarsi che il Codice del processo amministrativo in nessuna parte limita la legittimazione alla proposizione dell'azione di ottemperanza alle parti del giudizio principale. Invero, infatti, né l'art. 112 c.p.a., che definisce la disciplina generale del giudizio di ottemperanza, né l'art. 114 c.p.a., che ne descrive la procedura, prevedono una limitazione della legittimazione attiva alla proposizione dell'azione in questione: in tal modo, sembra che la legittimazione a ricorrere debba essere ricavata dalla sola individuazione in capo al soggetto ricorrente di un interesse concreto e attuale a promuovere il giudizio¹¹.

¹⁰ Cfr. CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2012, p. 1789; CERRETO A., *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, in *Il nuovo diritto amministrativo* n. 2-3/2012, pag. 190 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249.

¹¹ È stato puntualmente affermata la distinzione tra la nozione di legittimazione ad agire intesa in senso stretto e quella di legittimazione a ricorrere, propria del processo amministrativo, che

⁸ Cfr. CHIOVENDA N., *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, 1923, p. 859 ss.

⁹ Per un approfondimento, sia consentito rinviare al contributo dello stesso Autore, *Il giudicato amministrativo*, su *questa Rivista*, 2013, fasc. 4, pag. 713 - 719;

A tale argomento, se ne aggiunge uno ulteriore: laddove, nell'art. 114 c.p.a., è specificata la procedura speciale del giudizio di ottemperanza, il legislatore processuale ha inteso specificare, al comma 6, che il giudice di ottemperanza conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza del giudicato e che, *solo tra le parti del giudizio principale*, conosce anche degli atti posti in essere dal commissario *ad acta* (precisamente, l'art. 114 c.p.a. recita: "[...] 6. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*"). È evidente, quindi, che il Codice limita la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione di ottemperanza alle parti nei cui confronti si è formato il giudicato solo laddove si tratta di conoscere degli atti posti in essere dal commissario *ad acta*: l'intento del legislatore è, evidentemente, quello di consentire a detti ultimi soggetti di utilizzare uno strumento più snello, quale quello del giudizio di ottemperanza, per censurare le attività poste in essere dal commissario giudiziale, piuttosto che utilizzare lo strumento del giudizio di annullamento (strumento al quale devono ricorrere i terzi, se intendono impugnare un provvedimento posto in essere da un commissario nominato dal giudice amministrativo per l'esecuzione di un giudicato pronunciato tra altre parti). Ma è evidente che, qualora il legislatore avesse voluto riservare la legittimazione alla proposizione del giudizio di ottemperanza alle sole parti riguardate dal giudicato, non avrebbe avuto alcun bisogno di specificare, al comma sesto dell'art. 114 c.p.a., che *solo le parti* possono censurare gli atti posti in essere dal commissario *ad acta* nelle forme del giudizio di ottemperanza: evidentemente, invece, il giudizio di ottemperanza è stato concepito dal legislatore processuale come strumento attivabile da chiunque avesse un interesse tutelabile alla corretta e piena esecuzione del giudicato, anche attraverso un'attività cognitoria del rapporto deciso: attività di cognizione che è pacificamente propria del giudice dell'ottemperanza e che ne rimarca uno dei principali caratteri differenziali rispetto al processo esecutivo disciplinato dal codice civile.

Appare, invero, evidente che la limitazione della legittimazione attiva alla proposizione del giudizio di ottemperanza alle sole parti tra le quali si è formato il giudicato contrasta sia, come detto, con lo stesso dettato letterale del Codice di procedura, ma, non di meno, con la funzione della giustizia amministrativa, come più sopra definita. Ed infatti, se la funzione della giustizia amministrativa è quella di realizzare la giustizia *nell'amministrazione*, mediante l'accertamento del carattere illegittimo di quegli atti che sono il prodotto di un cattivo esercizio della funzione amministrativa, non ha nessun senso limitare il risultato dell'accertamento giudiziale alle parti che si sono confrontate nel processo: nell'accertare l'illegittimità di un atto o di un comportamento, infatti, il giudice amministrativo annulla il provvedimento, eliminandolo dal *cd. mondo del diritto*, senza che abbia troppo senso l'identità delle parti che hanno dato modo al giudice di esercitare la propria funzione di controllo dell'operato amministrativo¹².

postula anche l'esistenza di un interesse attuale e concreto all'azione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 01 luglio 2008, n. 3326).

¹² Si badi come già da lunga data la giustizia amministrativa consideri che "il giudice dell'ottemperanza, esercitando poteri sostanzialmente simili a quelli spettanti alla pubblica amministrazione, ha l'obbligo di compenetrarsi nel sistema organizzatorio di quest'ultima, con la ulteriore conseguenza di non potersi esimere dal considerare le situazioni eventualmente sopravvenute al giudicato di cui si chiede l'esecuzione" (Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7778): il che dovrebbe proprio avvalorare il potere del giudice di ottemperanza di rendere eseguibile la decisione nei confronti di tutti coloro che ne hanno interesse, a prescindere dalla qualità di parte assunta nel giudizio principale, avendo il compito di compenetrarsi nel sistema organizzatorio della pubblica amministrazione, che postula l'esercizio dei poteri in senso non discriminatorio e improntato al principio di buona amministrazione.

Si è appena osservato, peraltro, come non ha alcun incoraggiamento normativo il riferimento al giudicato amministrativo della nozione espressa dall'art. 2909 cod. civ., con conseguente impossibilità di ritenere la latitudine del giudicato limitata alle sole parti nei cui confronti lo stesso si è formato. Se ciò è vero, è evidente che il portato decisorio del giudicato (le preclusioni che lo stesso ha definito all'esercizio del potere amministrativo) deve considerarsi fruibile da chiunque dimostri di avere un interesse concreto, immediato e, dunque, tutelabile, alla sua realizzazione da parte della pubblica amministrazione.

Proprio, peraltro, in considerazione dell'opinione espressa, si esprime convinto dissenso anche rispetto all'opinione giurisprudenziale che, ammettendo la legittimazione alla proposizione del giudizio di ottemperanza anche ai terzi, laddove la pronuncia di annullamento abbia avuto a riferimento atti generali, ritiene la domanda di ottemperanza ammissibile solo con riferimento agli effetti demolitori della pronuncia di cui si domanda l'esecuzione. Tale opinione è indebitamente limitativa delle facoltà spettanti al terzo rispetto al giudicato e mortifica irragionevolmente le possibilità di azione del cointeressato rispetto alla posizione soggettiva di cui pur lo stesso è titolare.

L'irragionevolezza della limitazione in parola, secondo cui si ritengono riferibili ai terzi solo gli effetti demolitori della pronuncia di annullamento dell'atto generale, si coglie solo a notarsi che la pronuncia di annullamento del provvedimento generale determina la produzione di effetti autoesecutivi: con la conseguenza che il terzo non avrebbe alcun interesse ad agire in ottemperanza al solo scopo di sentir ribadire l'annullamento. In ipotesi di tale tipo, invero, l'azione giudiziale sarebbe sostenuta da un interesse del tutto evanescente, atteso che l'effetto caducatorio è stato già di per sé prodotto con il giudicato per cui si agirebbe. Molto più opportunamente, deve ritenersi, invece, che il terzo (sempre che sia titolare di un interesse processuale ad agire) possa giovare anche degli effetti conformativi derivanti dal giudicato formatosi nel giudizio principale¹³, purché, certo, il giudicato sia inerente ad un provvedimento generale, inscindibile o collettivo su cui abbia avuto a pronunciarsi il giudice amministrativo. Tale ultimo elemento, che si riferisce alla qualità dell'atto oggetto della pronuncia di annullamento, invero, sembra costituire l'unica vera limitazione alla possibilità di estensione della legittimazione attiva al giudizio di ottemperanza: la limitazione, tuttavia, deriva dalla qualificazione del provvedimento oggetto del giudizio principale, in relazione agli effetti

zionalmente simili a quelli spettanti alla pubblica amministrazione, ha l'obbligo di compenetrarsi nel sistema organizzatorio di quest'ultima, con la ulteriore conseguenza di non potersi esimere dal considerare le situazioni eventualmente sopravvenute al giudicato di cui si chiede l'esecuzione" (Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7778): il che dovrebbe proprio avvalorare il potere del giudice di ottemperanza di rendere eseguibile la decisione nei confronti di tutti coloro che ne hanno interesse, a prescindere dalla qualità di parte assunta nel giudizio principale, avendo il compito di compenetrarsi nel sistema organizzatorio della pubblica amministrazione, che postula l'esercizio dei poteri in senso non discriminatorio e improntato al principio di buona amministrazione.

¹³ Cfr. in tal senso CARINGELLA F., *Manuale*, cit., p. 1801, secondo il quale, in caso di sentenza che spieghi anche effetti di tipo conformativo, il giudizio di ottemperanza può costituire il luogo per portare a compimento il nucleo sostanziale della sentenza del giudice amministrativo.

che lo stesso è destinato a produrre nei confronti di una platea generalizzata. È proprio tale requisito che, a ben vedere, fonda la legittimazione a ricorrere, ossia l'interesse (concreto e attuale) ad avvalersi degli effetti della sentenza passata in giudicato.