

Il “nuovo” giudizio di ottemperanza

*Antonio Tallarida**

SOMMARIO: 1. La conformazione dell’Autorità amministrativa al giudicato - 2. Nascita dell’istituto dell’ottemperanza - 3. Limite e suo superamento - 4. Successiva evoluzione - 5. Il giudizio nel codice del processo amministrativo - 6. Provvedimenti suscettibili di giudizio di ottemperanza - 7. Il decreto decisivo del ricorso straordinario - 8. Risarcimento del danno e astreinte - 9. La riedizione dell’atto amministrativo - 10. La soluzione dell’Adunanza Plenaria n. 2/2013 - 11. Altre problematiche - 12. La natura mista del giudizio di ottemperanza - 13. Conclusioni.

1. La conformazione dell’Autorità amministrativa al giudicato.

Il giudizio di ottemperanza nasce dall’insufficienza del sistema giustiziale scaturito dalla legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo (L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E).

Il Legislatore unitario, infatti, partendo dal concetto che solo il diritto civile o politico costituisse una posizione soggettiva sostanziale, demandò alle competenti autorità amministrative tutti gli altri affari, in cui era coinvolta una P.A., e nel contempo in applicazione coerente del principio della divisione dei poteri, vietò al G.O. di modificare o revocare, e a maggior ragione annullare o sospendere, l’atto amministrativo, prescrivendo l’obbligo per l’Autorità Amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali per quanto concerne il caso deciso.

La soluzione adottata appare a noi, formati nello Stato di diritto, del tutto insufficiente perché abbandonava al volere delle Autorità amministrative competenti sia la tutela degli interessi privati confliggenti con la P.A., sia la realizzazione dello stesso giudicato civile, non essendosi approntato né un sistema alternativo o complementare di giustizia né strumenti di coercizione o di esecuzione del *decisum*.

Ciò dipese probabilmente dal fatto che secondo la concezione dello Stato liberale dell’epoca, l’Autorità pubblica era investita di grande autorevolezza e dignità, le cui attribuzioni da sempre - sino alla loro frammentazione introdotta con la teoria della separazione dei poteri - si collocavano in un’area indistinta di amministrazione e giurisdizione (1).

(*) Vice Avvocato Generale.

Relazione svolta dall’Autore al Convegno Italo-Sloveno su “L’azione e il giudicato”, tenutosi a Trieste il 10 maggio 2013, sotto l’egida della Regione Friuli-V.G..

(1) Eredità di questa concezione sopravvive curiosamente ancor oggi, in cui ritroviamo autorità amministrative o istituzioni private che si appellano come magistrati (Magistrato del Po, Magistrato delle acque, Tribunale del malato, ecc.).

Evidentemente, il Legislatore unitario non poneva in dubbio il rispetto da parte dell'A.A. del dovere morale di conformarsi al giudicato, per non parlare di quello di tutelare gli interessi non costituenti diritti civili e politici.

2. *Nascita dell'istituto dell'ottemperanza.*

L'inadeguatezza degli uomini o del sistema così concepito convinsero presto della necessità di apportare un correttivo allo stesso, che nell'asse principale (costituito dalla devoluzione al G.O. dei diritti civili e politici anche quando vi fosse coinvolta una P.A. e dal divieto di modificare il provvedimento amministrativo) regge ancora oggi dopo 148 anni, costituendo il cardine della giurisdizione (forse l'ultimo ancora inviolato).

L'istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, supremo organo consultivo del Regno sin dal 1831, consentì di andare incontro alla esigenza di completamento del sistema, senza rinnegarlo nella sua ispirazione originaria.

Questo, perché non fu subito percepita la natura giurisdizionale di questa Sezione, innestata in un Corpo amministrativo e volta alla tutela di interessi non a livello di diritti soggettivi.

Essa quindi fu intesa, ad es. dal Crispi, come un corpo deliberante sul contenzioso amministrativo (quasi questo risorgesse più autorevole dalle ceneri del 1865), o nella migliore interpretazione dello Spaventa e del Salandra, come giurisdizione di diritto oggettivo, per la tutela diretta dell'interesse pubblico ed indiretta di quello privato. La situazione fu poi definitivamente sancita dalla legge del 1907, n. 638 (art. 23) (2).

Con la L. 31 marzo 1889, n. 5992, si attribuì alla neonata IV Sezione, oltre alla tutela degli interessi legittimi, anche la decisione *“dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbiano riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico”* (art. 4, 4° comma). Da qui l'attribuzione è passata prima nel T.U. n. 6166 del 1889 (art. 25, n. 6) e poi in quello n. 1054 del 1924 (art. 27, n. 4).

Era nato il giudizio di ottemperanza.

3. *Limite e suo superamento.*

Oggi, anche alla luce delle leggi susseguitesesi nel tempo, non c'è più nessuno che contesti il carattere giurisdizionale al giudizio di ottemperanza, né la sua natura di giurisdizione di merito (per la necessità di sostituire l'Amministrazione inadempiente) e di giurisdizione esclusiva (vertendosi in materia di *actio iudicati*).

Esso però nasce – come visto – per ottenere la conformità dell'Ammini-

(2) A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, UTET, Torino, 1904; S. SPAVENTA, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Giappicchelli, Torino, 2013.

strazione al giudicato dei Tribunali e quindi è chiaramente limitato all'attuazione delle sentenze (e non di tutte) del Giudice Ordinario, limite questo coerente con la convinzione che le pronunce di legittimità del Consiglio di Stato non avessero bisogno di una autonoma ottemperanza, realizzando esse stesse la conformazione dell'attività amministrativa alla regola dettata, per l'effetto demolitorio *ex tunc* della decisione e non dubitandosi comunque dell'ossequio dell'A.A. al pronunciato del Supremo Consesso Amministrativo.

Bisognerà attendere quasi 40 anni perché lo stesso Consiglio di Stato, in materia di diritti appartenenti alla sua giurisdizione esclusiva, sancisse l'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo (decisione n. 181 del 9 marzo 1928), ritenendosi che una pronuncia di annullamento contenesse anche una pronuncia dichiarativa della lesione da parte dell'Autorità di un interesse giuridicamente protetto, con conseguente obbligo della sua restaurazione. Un ulteriore passo avanti, si avrà agli inizi degli anni '50, quando il rimedio della ottemperanza fu riconosciuto esperibile anche per le pronunce riguardanti la lesione di interessi legittimi (Cass. S.U., 8 luglio 1953, n. 2157) sulla spinta della più avanzata dottrina (3).

4. *Successiva evoluzione.*

Ma perché tanta resistenza, tanti ostacoli sulla via dell'ottemperanza?

Il motivo è immediatamente intuitivo e comprensibile: con l'ottemperanza si realizza la massima ingerenza di un Giudice nell'ambito del potere amministrativo.

Se questa ingerenza, con la sua forza dirompente sui principi, poteva comunque tollerarsi per le pronunce che intervenissero sull'attività vincolata della P.A., dove quindi la riedizione dell'attività amministrativa trovava un binario sicuro nel dettato legislativo correttamente interpretato e indicato, ben più indigesta era per quanto riguardava l'attività discrezionale dell'Amministrazione, che ne rimaneva gravemente condizionata quando non addirittura annullata.

Proprio la collocazione - fin dall'origine - del giudizio di ottemperanza nell'alveo della giurisdizione di merito è servita a superare tutte le resistenze consentendo al G.A. di valutare e scegliere gli strumenti ritenuti più idonei per obbligare l'Amministrazione a conformarsi al *decisum*, ordinandole di adottare determinati atti o addirittura sostituendola, adottandoli direttamente o demandandone l'attuazione ad un Commissario *ad acta*.

Il Consiglio di Stato così ne definisce l'oggetto: "*puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione*" (sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2172).

(3) E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1942.

Unica magra consolazione per l'Autorità, è che l'atto così adottato dal Giudice non è un atto amministrativo, poiché questi non è un'autorità amministrativa né esso è diretto alla cura del pubblico interesse (sibbene del privato ricorrente), ma resta un atto giurisdizionale (Cass. S.U. 9 marzo 1986, n. 4568), con tutte le conseguenze in ordine alla sua impugnazione, ma l'effetto è comunque la totale spoliatura dell'Amministrazione.

È la sconfitta della concezione liberale, di uno Stato unitario efficiente e centralizzato, dotato di una Amministrazione competente, autorevole e di prestigio, dove l'interesse pubblico è prevalente e che risolve al suo interno i problemi e le controversie con il cittadino (Spaventa) (4).

Una volta aperta la falla nei principi, l'espansione del giudizio di ottemperanza non ha avuto più confini sicuri, allontanandosi sempre più dalle sue origini e soprattutto dai concetti in cui era nato.

Non solo quindi si è venuto estendendo ai provvedimenti del G.O. che sentenze non sono, anche se hanno effetti definitivi simili (decreto ingiuntivo, decreto di assegnazione di crediti), ma è stato applicato anche ai lodi arbitrali non impugnati, e alle pronunce dei giudici speciali (Cass. S.U. n. 700/1955), fermandosi momentaneamente solo avanti alle decisioni del Capo dello Stato sui ricorsi straordinari, per la loro ritenuta natura amministrativa.

Al contempo, l'evoluzione è stata aiutata e anzi determinata dalla lenta trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. Esso non appare più (solo) diretto al controllo della legittimità dell'azione amministrativa (da cui discenderebbe la tutela indiretta dell'interesse legittimo del cittadino) ma tende ad assicurare a questi il diritto alla riparazione della lesione subita per effetto del comportamento illegittimo dell'Amministrazione, della lesione al proprio *status* di libertà opposto al potere dell'Autorità: la risoluzione del conflitto tra libertà ed autorità costituisce il merito del giudizio e comporta l'esigenza di una tutela giudiziaria piena ed effettiva.

5. *Il giudizio nel codice del processo amministrativo.*

Tralasciando gli sviluppi intermedi della L. n. 1034/71 sui T.A.R. e della L. n. 205 del 2000, i cui esiti ritroviamo nel codice, si arriva al d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, recante approvazione del codice del processo amministrativo, e ai successivi decreti correttivi.

Il fondamento del sistema è posto nell'art. 1, comma 1, laddove si afferma che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela "*piena ed effettiva*", senza peraltro precisare a chi o a cosa.

È questa, già di per sé, una scelta inusuale, di proclamare i principi generali cui intende ispirarsi il nuovo codice. Normalmente questi sono declinati nei testi fondamentali dell'ordinamento, come la Costituzione, a cui devono

(4) SPAVENTA, *op. cit.*

poi uniformarsi le leggi e i codici e infatti in nessuno dei codici tradizionali si trova l'enunciazione dei principi generali ispiratori.

Ma tant'è, effettività e giusto processo aprono il testo e segnano tutto il processo amministrativo, anche nella parte dedicata all'ottemperanza, che ne resterà definitivamente modificata.

Cadono, vittime di una semplificazione spinta, i due presupposti canonici dell'ottemperanza: la necessità del giudicato e la diffida ad adempiere; la prima insita già della legge del 1865 (art. 4) e la seconda prescritta fin dal regolamento di procedura dinanzi alla IV Sezione (R.D. 17 ottobre 1889, n. 6516, art. 58).

Viene anche modificata la procedura di introduzione del giudizio che passa dal ricorso depositato in Segreteria e da questa comunicato all'Amministrazione, a quella del ricorso ordinario notificato alla P.A. e ai controinteressati, il che, peraltro, è più in linea con i mutamenti intervenuti nella natura stessa del giudizio, che non è più, come vedremo, di mera esecuzione. Inoltre vengono dimezzati tutti i termini (art. 87, comma 3) compresi quelli per l'impugnazione e viene introdotta la decisione in forma semplificata (art. 114, comma 3).

Resta invece - contraddittoriamente - il rito camerale, che a lungo nessuna legge o regolamento aveva previsto, ma che era stato introdotto negli anni '50 dal Consiglio di Stato (5), anche per esigenze di riservatezza; né è stata più riprodotta la facoltà di chiedere la trattazione in pubblica udienza (art. 27, L. n. 1034/71), forse perché questa non è considerata causa di nullità del giudizio (art. 87, comma 4, c.p.a.).

Il risultato di queste modiche è una accelerazione procedurale che spesso rende difficile un'efficace difesa dell'Amministrazione.

6. Provvedimenti suscettibili di giudizio di ottemperanza.

Innovativa è anche l'elencazione dei provvedimenti che possono essere oggetto di ottemperanza.

L'art. 112 del codice, invertendo l'ordine originario, pone al primo posto le sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato e, al secondo, le sentenze esecutive e gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, così codificando le innovazioni introdotte dalla legge sui T.A.R. (artt. 2, 3, 10, n. 1034/71). Ma mentre tale legge si limitava a parlare di esercizio dei "poteri inerenti" al giudizio di ottemperanza ai sensi dell'art. 27, n. 4 del T.U. Consiglio di Stato, ora il salto è fatto: si tratta *sic et simpliciter* di giudizio di ottemperanza. Tra gli altri provvedimenti esecutivi si collocano certamente le ordinanze cautelari, ma la formula è pericolosamente aperta (certo anche i decreti monocratici di urgenza).

Solo al terzo posto c'è il caso originario, per il quale era nato il giudizio, le sentenze passate in giudicato del giudice ordinario, ripetendosi la formula

(5) Ad. Plen., 3 luglio 1952, n. 13.

antica della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, ma aggiungendovi, anche qui, "gli altri provvedimenti ad esse equiparati", formula aperta ad ogni interpretazione (certo i decreti ingiuntivi non opposti).

Al quarto posto si collocano le sentenze passate in giudicato (e gli altri provvedimenti equiparati) dei giudici speciali, per i quali non sia previsto nelle rispettive leggi il rimedio dell'ottemperanza (e quindi escluse quelle della Corte dei Conti e dei Giudici Tributari).

Al quinto e ultimo posto, sono inclusi i lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili.

Una elencazione ecumenica, quindi, che vede al centro il ruolo del G.A. quale **giudice naturale** della conformazione dell'azione amministrativa al *dictum* giurisdizionale (6).

Sfugge, però, il perché del privilegio riservato al G.A. i cui provvedimenti esecutivi, anche senza natura di sentenza e gravati di appello, possono essere oggetto di giudizio di ottemperanza a differenza di quelli del G.O. Forse per questo aspetto si è inteso fare un doveroso ossequio alla legge postunitaria del 1865, vista e sentita come una sorta di costituzione materiale o fondante della giurisdizione amministrativa. Certo la discrepanza esiste, tanto più che ormai da tempo è ammessa l'ottemperanza anche per le sentenze di condanna della P.A. al pagamento di somme di danaro (Ad. Pl., 9 marzo 1973, n. 1), che è il caso più frequente che si verifica nel giudizio ordinario.

Attestarsi su questa linea, anche per il giudizio amministrativo sarebbe stato un segno di rispetto e di fiducia nella P.A., cui comunque incombe l'obbligo istituzionale, morale e giuridico di rispettare la pronuncia giurisdizionale, quale che sia, specie se esecutiva.

7. Il decreto decisorio del ricorso straordinario.

Le aperture contenute nella suddetta elencazione hanno avuto un primo banco di prova per il caso del decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Questo mezzo di tutela che sembrava in ribasso, si è rivitalizzato negli ultimi anni, specie dopo che la L. n. 609 del 2009 ha reso vincolante il parere del Consiglio di Stato e ha ammesso che in tale sede possa sollevarsi la questione di legittimità costituzionale. In precedenza la Corte di Giustizia della CE aveva riconosciuto la possibilità di sollevare in tale sede la questione pregiudiziale (C.G.C.E, 16 ottobre 1997, n. 69) e il CGA per la Regione siciliana si era espresso in senso favorevole all'ottemperanza dell'analogo decreto del Presidente della Regione Siciliana (sent. n. 695 del 2005).

A favore di una soluzione positiva all'applicabilità del giudizio di ottem-

(6) Così Ad. Plen., n. 2 del 2013 (v. oltre, n. 10).

peranza militavano ragioni fondate sulle garanzie processuali, il principio del contraddittorio, l'intervento in posizione di imparzialità del Consiglio di Stato.

L'entrata in vigore del codice ha consentito una rivisitazione della materia, portando al riconoscimento della possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza per l'attuazione del decreto decisorio, disputandosi peraltro se sia equiparabile ai provvedimenti esecutivi del G.A. (art. 112, comma 2, lett. b), come ritenuto dal Consiglio di Stato, da sempre schierato per la natura amministrativa del decreto del Presidente della Repubblica, o ai provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato (art. 112, comma 2, lett. d), indirizzo inaugurato dalla Cass. S.U. n. 2065/2011, ed ora accolto dall'Ad. Pl. n. 18 del 5 giugno 2012.

Formalmente, si continua ad affermare la natura non giurisdizionale del decreto decisorio, ma sostanzialmente si va verso la sua giurisdizionalizzazione, senza porsi il problema del divieto costituzionale di istituire (e riconoscere) nuovi giudici speciali (7). Che si intenda tornare, inconsapevolmente, al Ministro - giudice, che decideva inappellabilmente alcuni ricorsi tributari (ad es., in materia di IGE o di dazi doganali)?

8. *Risarcimento del danno e astreinte.*

Ma altri passi in avanti sono stati fatti, con l'introduzione di due novità assolute:

- la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni maturati dopo la formazione del giudicato
- la previsione di una penalità di mora.

La prima consiste nella possibilità di chiedere, con il ricorso di ottemperanza, la condanna della P.A. al pagamento degli interessi e rivalutazione maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza (quindi del solo G.O.) e al risarcimento dei danni derivanti dall'impossibilità o mancata esecuzione in forma specifica del giudicato, o alla sua violazione o elusione. A questo proposito, il primo correttivo del codice (d.lgs n. 195/2011), abrogando il comma 4 dell'art. 112, ha comportato che ogni altra richiesta di danni vada azionata con il ricorso ordinario, nei termini di legge (art. 30, comma 5).

La seconda recepisce l'istituto dell'*astreinte* del sistema francese, dove, come in quello tedesco, non vi è possibilità di sostituzione dell'A.A., da parte del giudice e quindi esso funge da mezzo di coazione indiretta, prevedendosi la condanna della P.A. al pagamento di una somma di denaro, per ogni violazione o inosservanza successiva o ritardo nell'esecuzione del giudicato.

Da noi, dove c'è piena surrogabilità e in più è previsto anche il risarci-

(7) A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario: una partita chiusa?*, in *Giustamm.it*, 2011; P. QUINTO, *Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro amm. T.A.R.* 2010.

mento del danno, (interessi, rivalutazione, eventuale anatocismo), non se ne sentiva proprio il bisogno e rappresenta un aggravamento ingiustificato contro la P.A., anche se la norma prevede la necessità della richiesta di parte e l'esonero ove sussistano non meglio precisate "ragioni ostative" e la richiesta non sia manifestamente iniqua. Per di più si prevede che la relativa statuizione costituisca titolo esecutivo e contro di essa, se emessa dal giudice di secondo grado, non c'è rimedio (art. 114, comma 4, lett. e).

L'introduzione dell'istituto ha posto – come era da aspettarsi – rilevanti problemi applicativi, quali la non riferibilità alle sole sentenze di condanna ad obblighi di fare e non fare (come invece l'art. 614-*bis* c.p.c.), la sua cumulabilità con la richiesta di nomina di un Commissario *ad acta*, la sua applicabilità alle sentenze di condanna al pagamento di somme di danaro nonostante la espressa previsione degli interessi, la non scomputabilità dell'importo del risarcimento del danno (8).

9. La riedizione dell'atto amministrativo.

Restano in ogni caso i problemi che possono derivare dalla riedizione del provvedimento amministrativo, dopo la pronuncia di annullamento del G.A.

È incontestabile che l'Amministrazione mantenga sempre il proprio potere di determinarsi nella fattispecie, né potrebbe essere altrimenti, senza invadere il campo a questa riservato.

È però altrettanto vero che l'attività dell'Amministrazione incontra, per gli effetti conformativi del giudicato, vincoli e limitazioni che possano discendere da quanto stabilito dal G.A., più o meno penetranti a seconda dei motivi adottati e se il potere inciso è vincolato (e in questo caso non vi sono margini per un diverso apprezzamento) o discrezionale (nel qual caso è possibile pervenire al medesimo sfavorevole risultato attraverso una diversa valutazione degli elementi compresenti, senza violare formalmente il giudicato ed incorrere così nel vizio della nullità).

Il problema che si pone concretamente in questi casi è come reagire contro il provvedimento che in qualche modo finisce con il ribadire il risultato negativo contestato dal ricorrente e annullato dal G.A..

Il nuovo codice formalizza il fenomeno della elusione (concetto noto al diritto tributario), che si ha appunto tutte le volte in cui l'Amministrazione surrettiziamente cerca di addivenire al medesimo risultato negativo con comportamenti formalmente corretti ma sviati dalla finalità suddetta, consentendo in questa ipotesi il ricorso al giudizio di ottemperanza.

In tale ipotesi è arduo discernere quando si sia in presenza di elusione e

(8) Su tutti questi problemi, risolti in senso positivo dalla giurisprudenza prevalente, v. G. GUC-
CIONE, "L'Astreinte amministrativa. Problematiche applicative dell'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. e prime
applicazioni giurisprudenziali", in questa *Rass.*, 2012, n. 4, pag. 328.

quando invece la riedizione dell'atto costituisca espressione del potere amministrativo residuo dopo la sentenza e da questa non intaccato.

Di qui la necessità, nella pratica, di ricorrere i provvedimenti dell'A.A. con ricorsi ordinari di impugnazione e ricorsi in ottemperanza, con evidenti disfunzioni sul piano processuale e anche organizzativo.

10. La soluzione dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione n. 2/2013, ha affrontato il problema affermando che "non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice", rigettando così la tesi più radicale che riteneva preclusa una riedizione in senso sfavorevole dopo l'accoglimento del ricorso di parte, del potere amministrativo.

Tuttavia l'Adunanza Plenaria, mediando tra le opposte tesi di chi vorrebbe riservare al giudizio di ottemperanza ogni questione concernente i provvedimenti comunque adottati dopo un giudicato e di chi invece riterrebbe necessario un nuovo giudizio di impugnazione quando l'atto così adottato non sia di per sé in contrasto o elusivo del giudicato, almeno per la prima volta (postulando un obbligo di riesame da parte della P.A. della fattispecie nella sua interezza), ha ritenuto ammissibile la proposizione di un solo ricorso di ottemperanza con una doppia domanda, con la conseguenza che il G.A. adito dichiarerà la nullità del nuovo atto se emesso in violazione o elusivo del giudicato o disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione avanti al giudice competente, purché nel limite temporale di legge.

La corretta risoluzione del problema è importante, perché l'errore attiene ai limiti esterni del potere giurisdizionale esercitato, considerato che quella di ottemperanza è una giurisdizione esclusiva e di merito. Al riguardo, la Corte Suprema di Cassazione ha stabilito che "*risulta decisivo stabilire se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal G.A., attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che, in una situazione del genere di quella considerata, un tale potere con la particolare estensione che lo caratterizza, a detto giudice non spettava*", dilemma questo particolarmente delicato quando quello che viene contestato è un comportamento elusivo da parte della P.A. (Cass. S.U., n. 736/2012).

11. Altre problematiche.

Ma i problemi che il giudizio di ottemperanza pone non si fermano qui. Possiamo ancora ricordare quelli riguardanti:

- le sopravvenienze di fatto o di diritto, che rendano inattuabile il giudicato, salvo il risarcimento del danno;
- gli atti compiuti dal Commissario *ad acta*, oggi considerato ausiliare del giudice (art. 21), reclamabili avanti il giudice dell'ottemperanza, con atto

depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di 60 giorni (art. 114, c. 6);

- la impugnazione delle sentenze di ottemperanza emesse in primo grado, demandata al rito ordinario (9).

12. La natura mista del giudizio di ottemperanza.

Al termine della disamina compiuta, deve considerarsi acquisita la natura giuridica mista del giudizio di ottemperanza.

Come autorevolmente statuito dalla citata Ad. Pl. n. 2 del 2013, il giudizio di ottemperanza “presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, talune riconducibili alla ottemperanza come tradizionalmente configurata; altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della Pubblica Amministrazione; altre ancora aventi natura di cognizione, e che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell’ottemperanza il giudice competente, e ciò anche a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio di merito (principio che peraltro, come è noto, non ha copertura costituzionale).

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

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

b) la condanna “*al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza*” (art. 112, comma 3). In questa ipotesi, l’azione è evidentemente attratta dal giudizio di ottemperanza, poiché le somme ulteriori, al pagamento delle quali l’amministrazione è tenuta, hanno natura di obbligazioni accessorie di obbligazioni principali, in

(9) Su questi temi, si vedano gli importanti e recenti studi di A. CERRETO, “Il giudizio di ottemperanza e la sua evoluzione”, in *Lexitalia.it*, 2013; G. SORICELLI, “Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi”, in *Federalismi.it - Riv. dir. pubbl. italiano, comunitario e comparato* - n. 2/2013.

ordine alle quali si è già pronunciata una precedente sentenza o provvedimento equiparato;

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

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

A tale quadro, va aggiunto il ricorso, ex art. 112, comma 5, proposto al fine di “*ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell’ottemperanza*”.

In conclusione, l’esame della disciplina processuale dell’ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. cpa (ai quali occorre doverosamente aggiungere l’art. 31, co. 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del “*giudizio*” e dell’“*azione di ottemperanza*”, dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, tal’altre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall’esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall’art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell’ottemperanza, come identificato per il tramite dell’art. 113 cpa, deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell’attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto.

Data quindi per assodata tale natura mista, un aspetto peculiare è rappresentato dalla equiparabilità o meno del giudizio di ottemperanza a quello esecutivo, in presenza di norme che vietino la promozione o il proseguimento di azioni esecutive. Non sembra che tali norme siano ostative all’esperimento del giudizio di ottemperanza, data la sua maggiore estensione e complessità in grado di comprendere altri possibili provvedimenti (ad es, l’ordine di am-

missione al passivo). La questione pende comunque ora avanti alla Corte Costituzionale (10).

13. Conclusioni.

Infine è da segnalare che, in coerenza con il processo di soggettivizzazione dell'interesse legittimo, che ha portato anche al riconoscimento del risarcimento del danno per la sua lesione e che sta trasformando il processo amministrativo in un processo sul rapporto (oggi sempre più si parla di conseguimento di un bene della vita o di comportamento secondo correttezza e buona fede), si manifesta sempre più la tendenza ad anticipare il giudizio di ottemperanza, attribuendo al giudice della cognizione più ampi poteri in modo da soddisfare il ricorrente già con la decisione stessa, consentendo addirittura la nomina di un commissario *ad acta*, con la sentenza di merito (art. 34, c. 1, lett. e) o prevedendo, in caso di condanna pecuniaria, i criteri per il pagamento della somma dovuta (art. 34, c. 4) (11).

Non resta a questo punto che domandarsi dove sta andando il processo amministrativo e se non sia vero che nel momento del suo massimo successo, costituito dall'entrata in vigore del codice, non vi siano i germi di una sua progressiva omologazione e assimilazione a quello civile, alla cui norme dichiara formalmente di rifarsi.

Ma questa è già un'altra storia.

(10) La questione è stata rimessa alla C. Cost., con ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5492/2011 e del T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 6976/2012 ed è stata discussa all'udienza del 4 giugno 2013.

(11) Facoltà questa che non sembra possibile estendere all'*astreinte*, in funzione deflattiva, ostandovi il chiaro disposto letterale della norma di legge.