

AVV. GIORGIO FRACCASTORO

Riflessioni giuridiche sulla natura e sui presupposti di applicabilità del giudizio di ottemperanza ancora vigente

La funzione del giudizio di ottemperanza è quella di garantire la **concreta esecuzione** di una pronuncia giurisdizionale, che accerti la lesività o comunque la illegittimità di un atto o di un comportamento della pubblica Amministrazione, obbligando quest'ultima ad una determinata attività provvedimentale e/o fattuale volta a rimuovere tali effetti pregiudizievoli, in caso di:

- a) inerzia;
- b) rifiuto a provvedere;
- c) inesatta conformazione alla sentenza da parte della Pubblica Amministrazione.

Pertanto si può affermare, senza dubbio di smentita, che compete proprio al giudizio di ottemperanza **garantire la misura dell'effettività**, della reale efficienza della giurisdizione amministrativa. La giurisdizione amministrativa senza giudizio d'ottemperanza rischierebbe infatti di risultare un'arma caricata a salve.

Si discute in dottrina e in giurisprudenza se il giudizio di ottemperanza nei confronti della pronuncia del giudice amministrativo abbia **natura** esecutiva o **mista di cognizione ed esecuzione**, non risultando sostenuta se non marginalmente la tesi di un'azione solo di cognizione.

La seconda tesi, che si accompagna all'idea di una formazione progressiva della cosa giudicata (in tal senso C.S., Sez. VI n. 4563/2008; Sez. IV n. 111/2006), è oggi la più seguita dal Consiglio di Stato secondo il quale *“nel giudizio di ottemperanza ‘il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che comunque sarebbero devoluti alla sua giurisdizione’ (Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2007); ciò in quanto il giudizio di ottemperanza ha natura mista, di esecuzione e di cognizione e perché la regola posta dal giudicato amministrativo richiede il più delle volte da parte del giudice dell’ottemperanza una esplicitazione od un completamento”* (C.S., Sez. V, 21/8/2009 n. 5013; conformi anche la Sez. V n. 3871/2009, Sez. VI n. 4563/2008 ; C.G.A. n. 274/2009 Ad. Plen. 23/1980; contra Sez. VI n. 360/2009, ma con riferimento a giudizi diversi da quello amministrativo).

In generale, la giurisprudenza ne riconosce una natura del tutto peculiare che prende forma ed assume diversi modi di essere in relazione a:

- a) situazione concreta;
- b) statuizione giudiziale da attuare;
- c) natura dell'atto censurato.

A titolo esemplificativo e a riprova della natura multiforme del giudizio di ottemperanza in relazione alla fattispecie concreta, va notato che tale giudizio può costituire semplice giudizio esecutivo disciplinato dal codice di procedura civile; ovvero lo stesso giudizio può essere preordinato al compimento di operazioni materiali o all'adozione di atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza, alla sollecitazione di attività provvedimentale amministrativa, al conseguimento di effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto d'impugnazione. Al contempo, il giudizio di ottemperanza, nelle materie attribuite alla giurisdizione amministrativa, può essere utilizzato anche in difetto di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività oggetto del dovere dell'amministrazione.

Quanto precede consente quindi di asserire che nel giudizio di ottemperanza la verifica dell'esatto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il **substrato fattuale e giuridico** della sentenza di cui si chiede l'esecuzione (cfr. C.S., Sez. VI, 16/11/2007 n. 5843).

Detta verifica comporta da parte del giudice una delicata attività di interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, attività da compiersi esclusivamente sulla base della sequenza "*petitum – causa pretendi – motivi – decisum*".

Pertanto è bene ribadire che in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato, non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel "*decisum*" della sentenza da eseguire.

L'obbligo di adempimento previsto dal cit. art. 27, n. 4, del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato si articola - in realtà - in due forme logicamente distinte: e cioè in uno specifico **obbligo di "esecuzione"** in senso stretto, preordinato a realizzare le statuizioni tassative e puntuali della sentenza, e in un generico **dovere di "attuazione"** (o di "ottemperanza" in senso stretto), preordinato a realizzare quelle statuizioni della sentenza che postulano scelte discrezionali, fermo restando il fine indicato quanto meno in via di massima - dalla sentenza stessa.

Nel primo caso, all'obbligo di adempiere in capo all'Amministrazione corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo in capo al ricorrente vittorioso; con la necessaria conseguenza che il giudizio di ottemperanza deve essere inquadrato non nella giurisdizione generale di legittimità ma nella giurisdizione esclusiva: e precisamente nella giurisdizione esclusiva di merito puro, e non di legittimità congiunta al merito. Il giudice, infatti, non deve compiere alcuna valutazione in termini di incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere; deve soltanto acclarare l'esistenza dell'inadempimento come fatto, e quindi adottare i necessari provvedimenti sostitutivi per soddisfare l'obbligo rimasto inadempito. Pertanto il giudice non pronuncia anche in merito (come afferma, inesattamente, l'art. 27 n. 4 del Testo Unico del 1924), ma solo in merito.

Nel secondo caso, ovvero nell'ipotesi in cui si controverte dell'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione, il giudizio di ottemperanza ha comunque carattere pieno, non solo in merito ma esteso anche al merito, e tale carattere non è meramente esecutivo, ma – come già detto - misto di cognizione ed esecuzione.

Ne consegue che la decisione che decide un ricorso per ottemperanza è emessa in una fase esclusivamente attuativa degli obblighi derivanti dal titolo, ma ha un contenuto accertativo, che investe i presupposti dell'azione esecutiva, cioè l'idoneità del titolo stesso e la precisa individuazione della portata delle sue statuizioni in termini di adempimenti specifici imposti ad una Pubblica amministrazione. Così come va notato che nel giudizio di ottemperanza, il giudice può legittimamente adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi, che sarebbero comunque devoluti alla propria giurisdizione, ma non può esercitare analoghi poteri di integrazione allorchè la sentenza da eseguire sia stata adottata da un giudice appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale e la questione rientri nella giurisdizione di quest'ultimo.

Si afferma che la proposizione del giudizio d'ottemperanza è ammissibile ove l'interessato deduca che l'Amministrazione abbia adottato un provvedimento in contrasto con la particolare

regola del rapporto fissata dalla sentenza; qualora invece la parte interessata deduca che il comportamento adottato dall'Amministrazione in asserita attuazione del giudicato risulti affetto da autonomi vizi di legittimità estranei al contenuto della precedente decisione, non è proponibile il ricorso per ottemperanza, ma è necessario attivare un nuovo giudizio di cognizione. In realtà, quanto al primo punto, va richiamata la nota questione circa la portata dell'inadempimento dell'Amministrazione al proprio obbligo di conformarsi, ed in particolare se il giudizio di ottemperanza sia ammissibile esclusivamente in caso di inerzia o rifiuto nel provvedere (inottemperanza totale) o anche nella diversa ipotesi di inesatta o parziale attuazione del comando contenuto nella sentenza (inottemperanza parziale).

Si ammette l'esperibilità del rimedio anche e soprattutto nei casi di vera e propria elusione del giudicato, ossia ogni tipo di comportamento attivo dei pubblici poteri non soddisfacente delle ragioni del ricorrente in relazione a quanto statuito nella sentenza ottemperanda, demandando al giudice dell'ottemperanza la tutela contro detto atto. Questo perché il giudicato amministrativo ha un contenuto complesso, non limitato agli effetti demolitori e ripristinatori rivolti al passato, ma comprensivo anche degli effetti confermativi rivolti al futuro e consistenti nei vincoli imposti all'Autorità amministrativa nella rinnovazione del provvedimento annullato, in relazione ai vizi di legittimità riconosciuti esistenti.

Nell'esecuzione del giudicato amministrativo, i margini di apprezzamento riconosciuti all'Amministrazione non possono discostarsi dall'esigenza, fatta propria dalla sentenza da eseguire, di far conseguire al ricorrente la situazione di vantaggio cui era preordinato il processo amministrativo, seppure nei limiti e nelle modalità ritenute conformi dal giudice dell'ottemperanza.

Inoltre, la P.A., in sede di esecuzione della sentenza, non può operare altre valutazioni della fattispecie ormai definitivamente decisa, o riaprire termini o altro ancora, in quanto atti e provvedimenti del genere, pur se impugnati con autonomi ricorsi, e quindi oggetto di altri e separati esami, non rilevano ai fini dell'obbligo di ottemperanza se non come atti più o meno consapevolmente elusivi.

E' ammissibile il giudizio d'ottemperanza anche nel caso in cui l'Amministrazione abbia dato inizio all'esecuzione della decisione ma non abbia ancora emanato i provvedimenti diretti a definire la situazione cui la decisione stessa fa riferimento.

Il contenuto dell'obbligo di ottemperanza al giudicato amministrativo va definito tenendo conto della questione dedotta in sede di cognizione e dell'effetto conformativo della decisione ottemperanda. In sostanza, devono essere identificati gli elementi indispensabili per eliminare l'illegittimità constatata dalla pronuncia giurisdizionale da eseguire, distinguendoli da quelli inerenti a pretese che abbiano autonomi e specifici presupposti anche se collegati alla domanda principale.

Va pertanto considerato inammissibile il ricorso per l'ottemperanza di una sentenza di contenuto ed effetti meramente processuali, difettando in tal caso una statuizione sostanziale, che cioè ponga obblighi di conformazione alla P.A. soccombente nella successiva fase di riemanazione ed ai quali essa non ha prestato alcuna esecuzione. Quando il giudicato d'annullamento accerti non solo l'inerzia della P.A. soccombente alla motivata ed espressa definizione di un procedimento amministrativo, ma anche il difetto di motivazione in cui essa è incorsa, spetta al Giudice dell'ottemperanza e non a quello di cognizione conoscere dell'impugnazione dell'atto elusivo emanato dalla P.A., in elusione del giudicato stesso, senza motivazione o con motivazione stereotipata e con effetto ulteriormente lesivo della parte vittoriosa, in quanto occorre garantire l'effettività all'accertamento giudiziale del silenzio tenuto dalla P.A., per impedire che l'ottemperanza di una siffatta pronuncia sia vanificata ogni qual volta la P.A. emani un qualsivoglia

atto, anche sommariamente motivato e, così facendo, replichi di fatto la stessa situazione censurata con il giudicato ottemperando ed eluso in tal modo.

Da notare che non si verifica l'elusione del giudicato amministrativo qualora la P.A., in sede di riesercizio del pubblico potere, non attribuisca al ricorrente vittorioso la utilità giuridica spettantegli a causa dello *ius superveniens* che ha modificato l'assetto dei poteri amministrativi e le modalità di accesso a detta utilità, così come non costituisce elusione del giudicato amministrativo la riemanazione del provvedimento, già annullato in sede giurisdizionale per difetto di idonea motivazione e con salvezza degli atti ulteriori, con cui la P.A. ha ribadito la precedente statuizione e ha proceduto alla modificazione della parte motiva, emendandola dal vizio censurato.

La statuizione del Giudice Amministrativo prevale sul provvedimento emanato dalla P.A. soccombente in elusione (non importa se consapevole, o no) del giudicato, nel senso che l'atto elusivo diventa irrilevante e *tamquam non esset*, ancorchè emanato tra la pubblicazione della sentenza di primo grado e quella della decisione di appello che la confermi, in quanto il provvedimento elusivo ha il carattere autoritativo suo proprio secondo i principi generali, ma lo perde, per il principio della prevalenza della funzione giurisdizionale, quando, a seguito della formazione del giudicato, si evince che esso contiene statuizioni in contrasto con quelle del giudice, divenute ormai immutabili.

Non è inoltre consentito introdurre con un solo ricorso giurisdizionale due distinti giudizi innanzi al giudice amministrativo, uno di ottemperanza e l'altro in sede di cognizione posto che essi muovono da presupposti e soggiacciono a regole diverse, a nulla rilevando l'istituto, di origine giurisprudenziale, della conversione del ricorso in ottemperanza in un ricorso ordinario, giacchè esso postula l'unicità del *petitum* sostanziale e, al contempo, il difetto del presupposto dell'azione di ottemperanza, rimediabile, però, con una sua diversa qualificazione giuridica, se ne sussistono i presupposti.

L'obbligo di ottemperanza al giudicato amministrativo si estende pure agli atti strettamente consequenziali del provvedimento annullato, ma non tocca quegli atti ulteriori ed autonomi, posti al di fuori dell'ambito di efficacia di quest'ultimo, pur se esso ne costituisca un presupposto di fatto.

Pertanto, la P.A. soccombente è sì tenuta a riesaminare i successivi provvedimenti non impugnati e condizionati da quello annullato, ma non ha alcun obbligo a rimuovere tutti gli atti, più o meno illegittimi, ma non toccati dal giudicato.

Interessante notare che il ricorso per ottemperanza può essere esperito anche nei confronti di un soggetto pubblico che sia stato estraneo al giudizio di merito, quando tale soggetto venga chiamato a porre in essere un'attività vincolata o adempitiva in fase di esecuzione del giudicato, avuto riguardo al carattere peculiare del rimedio, che è quello di essere preordinato a garantire la completa attuazione del contenuto decisorio della sentenza. Inoltre, la mancanza attuale di fondi preordinati all'adempimento nella materia specificamente coinvolta nella controversia non costituisce circostanza idonea ad esimere l'Amministrazione Pubblica dall'ottemperanza alla sentenza.