

## A) IL GIUDIZIO D'OTTEMPERANZA

1. — Soffermandosi alla prima lettura del combinato disposto dell'art. 112, c. 2 e dell'art. 114, c. 1, parrebbe che, pure grazie all'elisione dell'obbligo della previa diffida e della necessità, invece, che il ricorso debba esser notificato alla P.A. ed a tutte le parti (negli ovvi limiti del principio ex art. 41, c. 2, da leggersi secondo la corretta applicazione del principio del contraddittorio di cui al precedente art. 27, c. 2), il Codice tenda a regolare l'ottemperanza come un giudizio che, in varia guisa, prosegue nell'esecuzione l'azione di cognizione cui esso si riconnette.

Sul punto, però ed in disparte la configurazione, come s'accennerà poi, del rito in modo ordinario ma con l'obbligo della sentenza semplificata e con la decisione in udienza camerale —pur se l'uso di quella pubblica, se richiesta, non dà luogo a nullità—, occorre un momento intendersi.

Ancora di recente (cfr. Cons. St., IV, 25 giugno 2010 n. 4131), la giurisprudenza reputa il giudizio d'ottemperanza come avente natura mista d'esecuzione e di cognizione, perlomeno per una duplice considerazione. Da un lato, la *norma agendi* posta dal giudicato verso le parti soccombenti in sede di cognizione è talvolta una regola implicita o incompleta che spetta al Giudice dell'ottemperanza di render certa ed eseguibile; dall'altro, l'ottemperanza non è (solo e sempre) mera esecuzione del giudicato, ma è soprattutto accertamento della mancata e/o integrale soddisfazione dell'interesse a suo tempo azionato dalla parte vittoriosa. In tal ottica si può predicare il giudizio d'ottemperanza come prosecuzione di quello di cognizione —del quale comunque essa è, per il dato testuale dell'art. 112, c. 1—, nella misura in cui l'uno è utilizzabile per (far) conseguire l'attuazione di quanto statuito in esito al secondo, ossia per arricchire, pur restandone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza ottemperanda, al fine, quindi, d'estrarne tutti i contenuti, concreti ma anche quanto più possibile soddisfattivi, a favore della parte vittoriosa. Sicché il giudizio d'ottemperanza assume talora (p. es., in tutti i casi di giudicati condannatori) natura pressoché di solo giudizio esecutivo, talaltra serve a fornire indicazioni su come effettuare o a porre direttamente in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione del giudicato, talaltra ancora mira a far concretamente conseguire l'utilità imposta da detto giudicato, previa verifica di come le parti obbligate hanno cooperato a tal fine, se del caso conoscendo di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza (art. 114, c. 6), quand'anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui le predette parti sono tenute. Ciò pare un dato acquisito nell'esperienza giuridica, oltre che nella stessa giurisprudenza costituzionale, per cui il giudizio d'ottemperanza si manifesta con una pluralità di configurazioni con riguardo alla concreta situazione dedotta ed al contenuto del giudicato.

Da ciò, a mio avviso, l'uso da parte del legislatore dell'espressione «conseguire l'attuazione» dei vari giudicati deducibili in sede d'ottemperanza, che sembra staccarsi dall'idea di «esecuzione» (amministrativa) contenuto nell'art. 112, c. 1 e posto in capo alle parti soccombenti. Essa vuol denotare, aldilà della sostanziale sinonimia tra esecuzione ed attuazione —ché intanto s'segue un comando, in quanto lo si porta ad attuazione secondo il suo significato proprio—, un concetto alquanto più ampio del principio di sola esecuzione, perché questo è, o sembra essere, di per sé più generico nella misura in cui indica quell'attività che concreta una *norma agendi*, di qualunque genere essa sia.

Allora, tal espressione vuol dire che è nel potere del Giudice dell'ottemperanza statuire non solo affinché, ma soprattutto fintantoché non, il bene della vita contestato sia finalmente appreso dalla parte vittoriosa nel previo giudizio di cognizione, al limite risolvendo tutti gli incidenti d'esecuzione, fossero pure posti dal commissario *ad acta*, mediante l'e-

manazione di «chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza» (artt. 112, c. 5 e 114, commi 6 e 7). In tal senso è da leggere il principio, elaborato dalla giurisprudenza, sulla c.d. natura “mista”, d’esecuzione e di cognizione da riconoscere al giudizio d’ottemperanza e che il Codice non smentisce. I profili della cognizione nella fase esecutiva s’ampliano (o, meglio, si manifestano) solo per vedere come risolvere le questioni a fronte di sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto al giudicato, nonché le domande accessorie (p.es., di risarcimento del danno, per il quale l’art. 112, c. 4, II per. impone lo svolgimento del giudizio d’ottemperanza «nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario»).

Mi pare, nondimeno, che tutto ciò non sia un *proprium* dell’ottemperanza, perché riguarda, a seconda della visuale, o i poteri del Giudice nella giurisdizione estesa al merito (secondo le regole dell’art. 7, c. 6 e dell’art. 134, ma non è una gran novità: arg. ex Cons. St., ad. plen., 15 marzo 1989 n. 7), oppure tutti i modi d’eseguire il giudicato e, più in generale, un obbligo da adempiere inderogabilmente, anche in sede civile.

Nel primo caso, il Giudice dell’ottemperanza adotta tutte le misure che, in relazione al caso concreto, la giurisdizione estesa al merito gli offre, modificando, riformando o dichiarando nulli gli atti in violazione o elusivi del giudicato e sostituendosi alla P.A. (già soccombente ed) inadempiente, in realtà assumendo tutte le misure che il giudicato già *ab initio* ha imposto alle parti obbligate. Se, mi si passi il paragone, la cognizione nel processo amministrativo serve a risolvere un’equazione a più incognite, l’esecuzione e l’ottemperanza non sono che il calcolo da effettuare, da parte di chi ne è obbligato, alla luce di tutte le incognite risolte (rese esplicite), purché già esistenti (perché implicite). Già, purché implicite: cioè, come al Giudice della cognizione, nella giurisdizione generale di legittimità, non spetta di sostituirsi alla P.A., così il Giudice dell’ottemperanza è anch’egli legato alla regola posta per fissare il contenuto delle decisioni, ma in generale stabilita per delimitare la giurisdizione amministrativa, per cui egli non può giammai «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, c. 2, I per.). Nel contesto del giudizio d’ottemperanza, detta regola reagisce nel senso che, per far conseguire concretamente alla parte vittoriosa l’utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione, comunque non gli spetta un *quid novi* rispetto a quanto statuito con la sentenza ottemperanda, anche se sia a quest’ultima conseguente o collegato (cfr., p.es., Cons. St., VI, 14 dicembre 2009 n. 7809). Sicché in tanto di cognizione si può parlare in sede d’ottemperanza, in quanto non si tratti della proposizione di domande inerenti a dati giuridici che non siano già contenuti nel *decisum* della sentenza da eseguire, con la precisazione, sempre in base al citato art. 34, c. 2, che l’erroneo, illegittimo o ingiusto esercizio del potere, foss’anche una valutazione tecnica, elide il divieto posto da detta norma e, quindi, abilita il Giudice dell’ottemperanza ad emanare le misure discendenti dal giudicato.

Nel secondo caso, nell’esecuzione forzata l’effetto sul patrimonio del debitore consiste nella deprivazione, in tutto o in parte, immediatamente o progressivamente, di costui di quella tutela che potrebbe servirgli per mantenere l’*utilitas* che il giudicato ha diversamente regolato. Ebbene, altrettanto accade in sede d’esecuzione amministrativa, laddove invero le parti soccombenti sono deprivate non di tutti i loro poteri, ma solo di quelli su cui il giudicato è intervenuto e che, ove reiterati, impedirebbero alla parte vittoriosa d’ottenere a sua volta il bene della vita conteso. E come nell’esecuzione civile, se la soccombenza dell’obbligato non riesce da sola a farlo desistere dal persistente inadempimento, è necessario l’impiego d’una forza sostitutiva *jussu judicis* della di lui volontà —dove l’equivalenza, non solo economica ma anche giuridica, fra adempimento ed esecuzione—, così nell’ottemperanza l’art. 114, c. 4, lett. a) valorizza, più che ed oltre quello cassatorio, il profilo sostitutivo tra i poteri del Giudice dell’ottemperanza, all’uopo sfruttando le regole della

giurisdizione estesa al merito (ex art. 7, c. 6). È ben vero che il Giudice dell'esecuzione effettua valutazioni preliminari in ordine all'esistenza, alla validità ed all'efficacia attuale del titolo ma, aldilà di siffatto mero rapporto di pregiudizialità, nel processo esecutivo non si dà luogo a una vera cognizione formale, né ad accertamenti muniti d'autorità di giudicato, fuori del sistema delle opposizioni, come d'altronde accade negli incidenti d'esecuzione avverso gli atti del commissario *ad acta*. Non v'è, dunque, alcun'analogia tra la cognizione vera e propria e le questioni pregiudiziali ed incidentali risolte dal Giudice dell'esecuzione sul titolo esecutivo, giacché questi non riprenda in esame la sussistenza della fattispecie sostanziale, ma si limita a porre in essere i singoli atti processuali esecutivi, che gli impone di compiere il Libro III del c.p.c., previo controllo dei presupposti generali e specifici.

Non è perciò del tutto vero, come talvolta si legge in giurisprudenza per il previgente ordinamento, che oggidi il Codice fornisca al giudizio d'ottemperanza un senso diverso o migliore rispetto all'esecuzione forzata —quasi che attraverso l'ottemperanza si sconti un destino d'infinita cognizione sulla controversia—, aldilà del trattamento omogeneo delle sentenze passate in giudicato e delle sentenze soltanto esecutive ancora impugnabili, oppure impugunate ma non sospese, cosa, questa, che per vero dovrebbe superare tutti i dubbi sollevati in passato.

Certo, la giurisprudenza costituzionale reputa che gli ordinamenti processuali dell'ottemperanza e dell'esecuzione forzata si differenzino sulla base di scelte razionali del legislatore, derivanti dalla configurazione del processo e dalle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, a condizione, è ovvio, che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività di tutela.

Ma, fermo restando che ottemperanza ed esecuzione sono processi, in tutt'e due le vicende il Giudice adito ha di fronte, quale presupposto necessario, l'esistenza d'un titolo da realizzare, obiettivo, questo, per il quale egli esercita, ove più o meno, quei poteri d'*eventuale* cognizione incidentale occorrenti per conseguire, in base alle *normae agendi* poste dal giudicato, l'*utilitas* spettante alla parte vittoriosa.

In particolare, in sede d'ottemperanza il Giudice conduce sì tal verifica, ma nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza ottemperanda, cosa, questa, che implica una delicata attività d'interpretazione del giudicato e sulla base della sequenza «*petitum – causa pretendi – motivi – decisum*» (cfr., per tutti, Cons. St., IV, 2 febbraio 2010 n. 473), ma senza poterne ribaltare o modificare il significato e gli effetti. Allora, è ben vero che l'art. 114, c. 4, lett. a) dà al Giudice dell'ottemperanza, la quale segue al giudicato e lo attua, il potere d'intervenire negli spazi vuoti lasciati dalla sentenza. Ma ciò serve non a ricreare un nuovo giudizio cognitorio, ma solo per dare effettività di tutela alla parte vittoriosa in applicazione del relativo principio, che è recato nell'art. 7, c. 7 e che s'invera nella concentrazione di tutti i poteri decisori nel Giudice stesso e nella statuizione che dà certezza coattiva alla vicenda giudicata. Ed è parimenti indubbio che la certezza che si trae dal processo d'esecuzione e dal giudizio d'ottemperanza, per quanto condizionata dal giudicato e per quanto abbisogni d'una pur minima cognizione sull'esistenza d'un lamentato inadempimento delle parti soccombenti (ed obbligate), contribuisce a chiarire, ma non aggiunge nulla di nuovo (*rectius*, nessuna riforma) a quanto deciso con il giudicato.

2. – Anzi, proprio la formulazione dell'art. 112, c. 2, lett. c) impone al Giudice dell'ottemperanza, in presenza comunque d'un titolo esecutivo, di fornire quell'idonea certezza, né più né meno di quanto accade nel processo d'esecuzione, atta a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa —sebbene non integrante la cosa giudicata—, a fronte dell'inerzia o del

rifiuto delle parti soccombenti (arg. ex Cons. St., V, 12 ottobre 2009 n. 6241).

Tale massima, come dire?, dissimula tuttavia una questione a monte della fase esecutiva: in concreto, la cognizione è preordinata a formare un giudicato che, se d'accoglimento, deve riguardare tutte le domande reputate fondate, senza possibilità d'assorbimento, se non nei ristretti (e marginali) casi in cui sussista un rapporto d'evidente continenza, pregiudizialità logica o implicazione tra la censura accolta e quella non esaminata. Sussiste, come si vede, un obbligo di valutazione della domanda strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112 c.p.c., con disposizione che invero un principio generale d'ogni processo a tutela dell'interesse sostanziale a questo sotteso, anche ai fini del successivo giudizio d'ottemperanza e/o dell'azione risarcitoria. Poiché il giudicato è preordinato ad offrire e ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti, è il Giudice della cognizione ad esser tenuto a risolvere tutti detti profili, senza che ciò si possa scaricare sull'ottemperanza. E ciò non solo o non tanto per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande, ma soprattutto per conformare l'attività d'esecuzione ed il soddisfacimento integrale dell'interesse azionato (arg. ex Cons. St., VI, 4 agosto 2009 n. 4905). Ove tal risultato non sia conseguito in sede di cognizione, l'azione d'ottemperanza, lo s'è detto sopra, non è in grado di supplirvi — attraverso un'interpretazione che rechi l'inferenza dell'implicito dal noto —, in quanto tutto ciò che non è accolto è respinto e, quindi, v'è il concreto rischio di un'attività rinnovatoria affetta dagli stessi vizi non esaminati dal Giudice della cognizione.

Importante è invece che l'art. 112 formalizzi il principio, già investigato dalla giurisprudenza costituzionale, della natura pienamente contenziosa del giudizio d'ottemperanza, donde la necessità del pieno rispetto del contraddittorio, a'sensi del successivo art. 114, c. 1, I per. La *ratio* profonda s'individua nel fatto, già evidenziato *supra*, che nel giudizio d'ottemperanza il Giudice adito può adottare una statuizione per valutare l'adempimento delle parti soccombenti, sicché tal accertamento necessita sul punto d'una *plena cognitio* e della pari pienezza del contraddittorio processuale. È vero che il Giudice adito decide al riguardo con sentenza in forma semplificata e in udienza camerale, ma ciò non contrasta punto con il potenziamento del giudizio d'ottemperanza, che il Codice appunto mantiene per esigenze indefettibili di tutela. Gli artt. 112 e ss. esprimono la definitiva conferma, se del caso mercè la loro trasfusione in norme inderogabili, della tutela piena ed effettiva, della parità delle parti, della chiarezza e sinteticità degli atti (che riguarda sia il ricorso, come per le azioni di cognizione, sia la sentenza) e della ragionevole durata del processo.

Sono principi, questi, per molti versi investigati e ben vagliati dalla giurisprudenza e, come tali, s'appalesano nient'affatto enfatici o pleonastici, bensì essenziali per condizionare positivamente, in una con l'interpretazione del Codice, la realizzazione della tutela.

È stabilito allora che, in caso d'accoglimento del ricorso, il Giudice dell'ottemperanza ordini in che modo debba esser realizzata l'ottemperanza, se del caso indicando il contenuto del provvedimento amministrativo o emanandolo in luogo della P.A., sì da produrre il pieno effetto sostitutivo di questa.

Resta poi ferma la fissazione a dieci anni del termine di prescrizione per proporre l'azione ex art. 114, dando così il Codice rilievo, in termini di rito, sia alla posizione del soggetto che chiede l'ottemperanza, sia alle capacità del Giudice di calare detta azione ed i suoi effetti nel continuo fluire della funzione amministrativa in cui il giudicato s'inserisce senza interromperla.

E resta parimenti fermo che l'interesse a tale azione si fonda soltanto sui lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili o sui giudicati (o, nei casi previsti, sulle sentenze esecuti-

ve) che, in esito ad una delle azioni di cognizione innanzi al Giudice amministrativo o all'AGO o a giudizi effettivi o *ex lege* equiparati (p.es., i decreti decisori dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato) e per i quali non è già prevista l'ottemperanza, accolgano la pretesa del ricorrente. Questa è l'unica vicenda processuale da cui scaturisce, in capo alla P.A. ed alle altre parti soccombenti, l'obbligo d'ottemperanza (ossia, di conformarsi alla decisione così assunta), il quale può dirsi assolto solo se vengono posti in essere atti completamente soddisfattivi rispetto alle statuizioni da eseguire. Da ciò discende, per un verso, che le pronunce di rigetto non producono alcun effetto d'accertamento o costitutivo, lasciando del tutto invariato l'assetto giuridico di partenza dei rapporti tra le parti del processo di cognizione, donde l'assenza d'ogni obbligo d'ottemperanza (cfr. Cons. St., VI, 1° settembre 2009 n. 5114). Per altro verso, per dimostrare l'interesse all'ottemperanza non basta predicare una generica dichiarazione d'insoddisfazione per il risultato raggiunto a seguito dell'esecuzione del giudicato, ma occorre fornire perlomeno un serio principio di prova, con pertinenti e documentate censure, sull'effettività e sulla misura dell'inadempimento esecutivo, onde porre il Giudice adito in condizione di verificare, attraverso il raffronto tra l'esecuzione e la censura, se il giudicato sia stato eseguito, o no (cfr. Cons. St., VI, 6 novembre 2009 n. 6930; id., V, 16 giugno 2010 n. 3799, sull'onere della prova fattuale circa la sussistenza e l'entità del danno dedotto). Per altro verso ancora, l'interesse all'ottemperanza si realizza sì soltanto con l'apprensione dell'*utilitas* spettante alla parte vittoriosa, ma non mai con il riconoscimento di ulteriori interessi pretensivi non determinati, neppure implicitamente, dalla sentenza ottemperanda o che ineriscano a poteri finora mai esercitati dalla P.A. (arg. ex Cons. St., IV, 26 marzo 2010 n. 1765).

La lettera dell'art. 114 sembra riferire la legittimazione al giudizio d'ottemperanza, in via generale ed esclusiva, alle parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia ottemperanda, piuttosto che soltanto a quelle in favore delle quali è stata emessa quest'ultima. Non sembri il tenore del c. 1 concludere in modo diverso —sol perché «l'azione si propone... con ricorso notificato alla pubblica amministrazione (nell'accezione dell'art. 7, c. 2) e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta...»—, in quanto, in primo luogo, occorre sempre tener conto della nozione della cosa giudicata ex art. 2909 c.c., cui il Codice non deroga ed in base alla quale l'accertamento contenuto nel giudicato fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi o aventi causa. Inoltre, non si può prescindere, ai fini dell'esatta identità degli effettivi destinatari del giudicato stesso (e, dunque, dei legittimati a promuovere il ricorso in ottemperanza), dal contenuto della situazione soggettiva controversa e definita in sede di cognizione e della vicenda da cui è originata la controversia, donde la facoltà d'adire il Giudice dell'ottemperanza anche a favore di quei soggetti che, pur se non intimati né intervenuti nel giudizio di cognizione, godono comunque dell'effetto indivisibile del giudicato perché incidente su fattispecie a contenuto inscindibile su una pluralità unitaria di destinatari (cfr., p.es., Cons. St., V, 19 novembre 2009 n. 7249, per cui la legittimazione dei terzi estranei sussiste quando il giudicato incida un atto indivisibile con pluralità di destinatari ed inscindibile in distinte ed autonome determinazioni). Infine, occorre tener presente che il ricorso per ottemperanza, laddove a sensi dell'art. 112, c. 5 serva per «ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza», di per sé non sconta limiti di legittimazione —tant'è che può esser proposto dal medesimo commissario *ad acta* o contro gli atti emanati da costui—, perché, se spetta al Giudice competente di conoscere di tutte le questioni inerenti all'esatta ottemperanza, allora il Codice sposta sui poteri del Giudice (ma non è il solo caso) il baricentro della funzione d'assegnazione dell'*utilitas* recata dal giudicato. In parole più semplici, la P.A. resta pur sempre la principale responsabile dell'adempimento

dei comandi scaturenti dal giudicato ma, al contempo —e questo è il senso della natura effettivamente contenziosa del giudizio d'ottemperanza—, è il Giudice che definisce le modalità di concreta apprensione, da parte del soggetto titolato, dell'*utilitas* medesima.

Sicché, se l'adizione del Giudice dell'ottemperanza proviene dalla parte vittoriosa, occorre la notificazione del relativo ricorso a tutte le parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo ottemperandi.

Invece, non serve più previa diffida alle altre parti —pur se ne resta la facoltà, ma più per motivi di chiarezza o d'opportunità—, per la duplice ragione che, in tal modo e come accade in altri casi, il Codice pone un riorientamento di istituti tradizionali, nella specie assegnando maggior rilievo alla posizione del Giudice nel governo d'ogni definizione di controversie e che v'è già *a priori* l'obbligo della piena, pronta ed inderogabile esecuzione del giudicato in capo a chi spetta, a'sensi dell'art. 112, c. 1. L'eventuale inadempimento di quest'ultimo è un fatto illecito in sé, tanto da poter esser sanzionato, nei limiti di quanto colà stabilito, a'sensi dell'art. 114, c. 4, lett. e), con una «somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato». La norma replica l'art. 614-bis, I c., c.p.c. e ne segue la funzione, ossia la conformazione a diritto della condotta della parte inadempiente e, di conseguenza, l'eliminazione della produzione del relativo danno o, quanto meno, la riduzione dell'entità del possibile pregiudizio derivanti da ogni tipo di comportamento dilatorio per il conseguimento del bene della vita alla parte vittoriosa, anche se la differenza essenziale con l'omomorfico istituto del c.p.c. consiste nella limitazione dell'applicabilità alle sole sentenze d'ottemperanza. Poiché l'istituto reca un importante deterrente per l'effettività della tutela, ma lo riferisce al pregiudizio subito a causa dell'inadempimento o del persistente ritardo nell'adempimento, l'art. 114, c. 4, lett. e) mantiene la formula «salvo che ciò sia manifestamente iniquo» contenuta nell'art. 614-bis, I c., c.p.c. Essa certo offre al Giudice dell'ottemperanza un ampio potere di valutazione circa la gravità della vicenda e della misura più acconcia per reprimerla ma, al contempo, gli fornisce pure un parametro ancorato al contegno di tutte le parti e, soprattutto, al principio ex art. 30, c. 3, II per., in virtù del quale si deve escludere o ridurre il risarcimento per il danno evitabile con l'ordinaria diligenza del soggetto interessato.

Resta ferma la facoltà della parte vittoriosa d'esperire anche l'azione risarcitoria a'sensi del combinato disposto degli artt. 30, c. 5 e 112, c. 4, per la quale, però, occorre il rito ordinario. La ragione è nota: in sede d'ottemperanza è possibile formulare richiesta di risarcimento solo per i danni che si verificano in seguito alla formazione del giudicato e proprio a causa del ritardo nell'esecuzione della pronuncia. Sicché il risarcimento di tutti i danni lamentati, che si riferiscano al periodo precedente al giudicato, deve essere richiesto nell'ambito di un giudizio cognitorio da proporsi dinanzi al Giudice di primo grado competente al riguardo (cfr., p.es., Cons. St., V, 12 dicembre 2009 n. 7800), indipendentemente dal fatto che l'azione d'ottemperanza penda in unico grado al Consiglio di Stato. Scolorano allora tutti i timori circa l'assenza del doppio grado di giurisdizione, in quanto, se è evidente che l'innesto d'una tutela risarcitoria autonoma nel giudizio d'ottemperanza risponda ad esigenze di concentrazione della tutela, l'azione di risarcimento è una vera e propria cognizione connessa, ma ontologicamente distinta dall'ottemperanza stessa e, quindi, ne determina un radicale mutamento di rito (in base all'art. 32, c. 1, I per.) e la conseguente sua soggezione, tra l'altro, a tal doppio grado.

Ma detta adizione è possibile pure, come dice il citato art. 112, c. 5 e con la stessa piechezza del contraddittorio, a posizioni eventualmente invertite rispetto allo schema generale del processo, la domanda sui chiarimenti circa l'ottemperanza potendo provenire dalle

stesse parti obbligate all'esecuzione e nel tempo loro assegnato e, dunque, come vero e proprio incidente d'esecuzione e prima della nomina del Commissario *ad acta*. Non vi osta a ciò, come s'è accennato dianzi, il dato testuale dell'art. 114, c. 1, in quanto il suo significato è solo quello d'imporre il contraddittorio tra tutte le parti necessarie come definite o definibili in base al presupposto giudizio di cognizione, non certo quello di fissare in modo alquanto meccanico ed immutabile quale ruolo dette parti devono giocare.

Anzi, la scelta dell'art. 21, quella, cioè, per cui si definisce il Commissario *ad acta* ausiliario del Giudice in tutti i casi in cui questi deve sostituirsi alla P.A., implica l'abbandono della tesi che vide il Commissario quale organo straordinario di quest'ultima e, di conseguenza, l'unificazione in capo al Giudice stesso, poi espressa negli artt. 7, c. 7 e 114, c. 6, d'ogni potere di risoluzione di tutte le questioni inerenti all'esatta ottemperanza.

Tale scelta comporta pure, essendo il Commissario sempre un altro da sé della P.A., non solo l'impossibilità di questa di provvedere alcunché sull'esecuzione una volta che detto ausiliario del Giudice s'insedi nelle sue funzioni —verificandosi il definitivo trasferimento dei poteri e rimanendo precluso alla P.A. ogni margine d'ulteriore intervento (cfr. Cons. St., V, 21 maggio 2010 n. 3214)—, ma soprattutto la necessità che essa sia sempre presente nel corso di tutto il processo d'ottemperanza, se del caso quale ricorrente avverso le determinazioni commissariali. La ragione di quest'ultimo assunto è chiara: il Commissario non è mai organo, neppure temporaneo o *extra ordinem*, della P.A. ed i suoi atti sono, perciò, irretrattabili (perché scaturenti dal giudicato) e non modificabili in autotutela (perché promananti da un potere non coincidente con quelli della P.A. stessa). Questa, come d'altronde tutte le parti obbligate, non ha altra strada che agire all'interno del giudizio d'ottemperanza attraverso le regole sue proprie, in virtù delle quali, grazie ai «chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza», dette parti possono introdurre le opposizioni sull'*an* e/o sul *quomodo* dell'esecuzione, per tutte le vicende estintive, modificative od impeditive posteriori alla formazione del titolo per la cui ottemperanza si procede. Sicché è ragionevole ritenere che, di fronte alla pretesa della parte vittoriosa d'agire per l'ottemperanza d'un giudicato o, in occasione d'un separato giudizio di legittimità, di affermarne determinate conseguenze, le altre parti possano far constare, nelle forme dell'art. 112, c. 5 (in via di azione o d'eccezione), una diversa interpretazione corretta della vicenda, sì da sostenere che la pretesa stessa sia inesistente o addirittura non eseguibile e, quindi, vada diversamente valutata o rigettata.

Da ciò discende, aldilà dell'obbligo del contraddittorio tra tutte le parti indicate nell'art. 114, c. 1 e d'esatta esecuzione di cui al precedente art. 112, c. 1 —e senza pregiudizio per l'azione risarcitoria ex art. 30, c. 5 in sede d'ottemperanza—, che l'azione ex art. 112, c. 5 non solo è proponibile dalle parti soccombenti, ma può esser dedotta anche come domanda riconvenzionale, nelle forme poste dall'art. 42, c. 5 e nei termini e con le modalità previste per il ricorso incidentale.

Tanto ben può aversi sicuramente ogni qual volta il giudizio abbia o abbia avuto ad oggetto questioni attinenti a diritti soggettivi e dipendenti da titoli già dedotti, all'uopo dovendo per tutti far riferimento al fatto che, se la giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra P.A. e privato, «... essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime...» (cfr. così Cons. St., VI, 11 gennaio 2010 n. 20). Ma il discorso non cambia per i giudicati scaturenti dall'esercizio di altre competenze del Giudice amministrativo o di altro ordine giudiziario, giacché la giurisdizione estesa al merito, che a'sensi dell'art. 134, c. 1, lett. a) conforma i poteri del Giudice

dell'ottemperanza, non sconta limiti quanto alla verifica d'ogni presupposto, nel pieno contraddittorio tra le parti, affinché il giudicato ottemperando effettivamente conformi *secundum jus* e in modo soddisfattivo il rapporto amministrativo consequenziale. D'altronde, se gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo impongono agli Stati membri di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio «*the domestic remedies must be effective*» —norme, queste, divenute ormai direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato UE—, allora il Giudice dell'ottemperanza in sede interpretativa è tenuto ad assumere tutte le misure che diano effettiva tutela alla parte la cui pretesa risulti fondata e, perciò ed a fronte di siffatta incompressibile posizione soggettiva, non può comprimerne l'azionabilità quand'anche si manifesti come domanda incidentale (arg. ex Cons. St., IV, 2 marzo 2010 n. 1220).

3. — Sgomberato definitivamente il campo da ogni residuo pensiero sul giudizio dottemperanza "a contraddittorio attenuato", anche tal definizione non è esclusiva del processo amministrativo. Giova rammentare sul punto che pure il processo (civile) d'esecuzione è senz'altro *actus* (almeno) *trium personarum* e non ha alcuna valenza sommaria, ferme le differenze testé accennate esso ed il giudizio d'ottemperanza, in sé non irragionevoli e non preclusive dell'effettività della tutela.

Occorre allora chiedersi che cosa di pregnante e d'originale il Codice dia all'azione d'ottemperanza, partendo da come reagiscono in concreto i principi d'effettività e di completezza della tutela i quali, mercè la concentrazione d'ogni forma della tutela stessa, impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato.

Ebbene, ad una prima lettura del testo del Codice, non solo come licenziato dal Consiglio dei ministri ma pure nelle fasi precedenti, in vari casi la dottrina ha stigmatizzato l'eliminazione, lungo la strada, delle azioni di adempimento e di accertamento dall'elenco di quelle poi definitivamente consacrate negli artt. 29/31, elenco il quale, se non ne pone una sorta di *numerus clausus*, probabilmente le tipizza. Non si può negare, ma il discorso merita una diversa valutazione —giacché, p.es., l'azione d'adempimento era stata costruita essenzialmente a guisa di condanna—, che le due azioni "sforbiciate" (CLARIZIA; SCOCA) avrebbero potuto maggiormente riorientare l'interprete verso un'impostazione più moderna o più ampia del processo amministrativo e, comunque, si sarebbero riflesse anche sul Libro IV, in particolare sull'ottemperanza e sull'azione a seguito del silenzio. Tuttavia, non è del tutto vero che entrambe le azioni siano totalmente abolite dal Codice, perché, p.es., uno dei casi più rilevanti d'accertamento sui presupposti di vicende amministrative non regolate *ab initio* da un provvedimento *ad hoc* (nella specie, le questioni sull'abolita DIA: cfr., da ultimo Cons. St., VI, 9 febbraio 2009 n. 717; id., 15 aprile 2010 n. 2139), è stato espressamente regolato, tra i casi di giurisdizione esclusiva, dall'art. 133, lett. a), n. 3). Lo stesso dicasi per l'esperibilità dell'azione d'accertamento, in sé sempre compatibile con detta giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo (cfr. Cons. St., V, 15 marzo 2010 n. 1498), anche da parte della P.A. quando si controverta di diritti patrimoniali, senza necessità che essa eserciti i suoi poteri di autotutela. Del pari, azioni d'adempimento, sia pur con i limiti posti dalla legge (in realtà, dalle regole discendenti dall'art. 34, c. 2, I per.), si rinvengono, p.es., nell'ottemperanza e nelle azioni avverso il silenzio.

Aldilà di tutto questo, mi pare assai più efficace, appunto perché ha un immediato e rilevante riverbero sull'ottemperanza, non tanto la regola ex art. 34, c. 1, lett. e), bensì quella di cui alla precedente lett. d), utilizzabile in ogni contesto in cui operano le azioni di cognizione. Infatti, mentre la lett. e) al Giudice di disporre le misure idonee ad assicurare l'effetto della sua pronuncia, se del caso assegnando un termine alla P.A. e nominando un Com-



Commissario *ad acta* anche in sede di cognizione; la lett. c), ancorché in generale concernente la condanna delle parti soccombenti, permette al Giudice (della cognizione) di condannarle «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio».

Certo tale norma non trasforma radicalmente il processo amministrativo, ma torna pur sempre utile al Giudice della cognizione per intervenire subito, in esito al giudizio, con la posizione delle linee e le misure idonee ad assicurare, prima che intervenga l'attuazione della pronuncia, i modi dell'immediata soddisfazione dell'interesse sostanziale azionato e reputato meritevole di tutela. Non si nega che la lett. e) consenta sì l'intervento in via sostitutiva, ma ciò costituisce una situazione propria del giudizio d'ottemperanza o, comunque, di tutti i casi in cui sia avvenuto l'inadempimento d'una statuizione del Giudice, in qualunque stato o grado del processo. Invece, è ragionevole pensare che il pregnante uso della misura ex lett. c) sia in grado di conformare *a priori*, in una con l'espressa abolizione del rinvio per il riesame dopo l'annullamento, l'esecuzione del giudicato e, quindi, di prefissarne il contenuto. Ciò serve a limitare, fin dalla definizione della sentenza del Giudice della cognizione i residui spazi di discrezionalità sia di chi deve eseguire il giudicato, sia del Giudice dell'ottemperanza, i cui poteri di verifica dell'inadempimento e di fissazione dei criteri per far conseguire l'*utilitas* alla parte vittoriosa, pur restando intatti, non possono più prescindere da tal conformazione.

Non è chi non veda come l'uso di tal peculiare statuizione condannatoria, di per sé associabile ad ogni altra azione di cognizione, fa scolorare gran parte delle questioni circa gli esatti confini del giudicato, specie quando la sentenza ottemperanda impinga sull'esercizio di funzioni discrezionali o su valutazioni tecniche.

Infatti —e senza entrare nella *querelle* del tipo di sindacato intrinseco sulla ragionevolezza in sé, sulla proporzionalità e sull'esattezza di accertamenti opinabili, soprattutto se non si concretino di per sé in scelte—, non va dimenticato che il maggior o minor grado di opinabilità di giudizi tecnici rileva in relazione diretta all'esistenza di dati scientifici certi o consolidati allo stato dell'arte, oppure no oppure nella misura in cui si possa valutare l'oggetto in base ad apprezzamenti di scienza personali. Se, però, dalla fase anteriore alla cognizione ci si sposta all'esecuzione d'un giudicato che abbia reputato erroneo e il giudizio e l'apprezzamento, specie quando il Giudice della cognizione abbia pronunciato anche una statuizione di condanna ex lett. c), è difficile sfuggire non solo alla competenza del Giudice dell'ottemperanza, ma soprattutto ad una rigorosa ridefinizione degli ambiti liberi residui per gli obbligati all'esecuzione. Finora s'è detto che, ove mai il giudicato lasci alle parti soccombenti un certo margine di discrezionalità in sede di riesame, il provvedimento d'esecuzione, emanato facendo uso del potere discrezionale rimasto, rimane soggetto all'ordinario regime di cognizione e non al giudizio d'ottemperanza, invece utilizzabile solo se dal giudicato scaturisca un obbligo così puntuale da non lasciare margini di discrezionalità in fase esecutiva. Oggidi è da ritenere che al più tal principio possa valere per quei giudicati che, per riprendere il precedente esempio del giudizio amministrativo come soluzione di un'equazione a più incognite, riguardino solo una e non tutte tali incognite e lascino ampi spazi d'una discrezionalità pura già *ab origine* assai lata (p.es., sull'*an* o sul *quantum*). Ma siffatto risultato mi sembra alquanto difficoltoso, a fronte della chiara regola ex art. 114, c. 6 sulla concentrazione di tutte le questioni esecutive innanzi al Giudice dell'ottemperanza, per tutti i casi in cui non di discrezionalità residua si parli in sede d'esecuzione, bensì della mera rinnovazione d'una valutazione tecnica già censurata e perciò giammai ripetibile, nel senso e negli effetti, con contenuti liberi, a pena della canzonatura del principio di effettività della tutela.

Un falso problema s'appalesa, invece, il rapporto tra la dichiarazione di nullità degli atti adottati in violazione o in elusione del giudicato e la previsione della (sola) giurisdizione esclusiva per la declaratoria di nullità degli atti. Mi sembra al riguardo che al più tal giurisdizione riguardi la sola fase di cognizione del relativo giudizio e per tutti i casi in cui non si versi già nella sede dell'esecuzione d'un giudicato ormai intervenuto. Tanto non volendo considerare che il riferimento alla giurisdizione esclusiva non implica, quando si versi nella sede dell'esecuzione, un'adizione con il rito ordinario, che l'art. 112 contempla soltanto nel caso dell'azione risarcitoria; e che il Giudice dell'ottemperanza conosce in via puntuale di tutti gli atti del relativo giudizio.

Delicato, ma non affrontato dal Codice è, invece, il problema del rilievo del *jus superveniens* in sede d'esecuzione del giudicato che s'è formato sotto l'imperio d'una normativa ormai non più coerente, quando non conflittuale con la situazione sopravvenuta. In realtà, il principio regolatore di tal vicenda è facilmente reperibile, essendo ben noto (cfr., di recente, Cons. St., VI, 23 settembre 2009 n. 5687) il divieto d'applicazione del *jus superveniens* al procedimento amministrativo, quale corollario dei concetti «*tempus regit actum*» e d'irretroattività generale della legge ed al fine di mantenere l'intangibilità delle situazioni giuridiche soggettive, tant'è che esso non opera ove mai tali situazioni non possano dirsi acquisite nel patrimonio giuridico del suo titolare. Tuttavia, la giurisprudenza tempera detto principio (p.es., in materia urbanistica: cfr. Cons. St., VI, 7 maggio 2009 n. 2835) con riguardo ai soli interessi pretensivi a realizzazione "istantanea" (cioè inscindibilmente contestuale alla concreta applicazione d'una norma specifica ad applicazione limitata nel tempo), per cui l'inopponibilità ad essi del *jus superveniens* risponde a ragioni di contemperamento tra l'esigenza della loro tutela con la libera determinazione d'una nuova normativa, idonea a regolarli per un nuovo arco di tempo, mentre ciò non vale per gli interessi di tipo oppositivo, di regola già acquisiti al patrimonio giuridico dei titolari prima e/o indipendentemente dall'intervenuta successione delle norme nel tempo. Sicché, qualora non sia possibile procedere, in sede d'esecuzione del giudicato, al soddisfacimento in forma specifica dell'interesse della parte vittoriosa, a questa non resta che il risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 30, c. 5 e dell'art. 112, c. 4, con l'ovvia precisazione che, tranne per le domande prescritte o assai risalenti, l'entrata in vigore del Codice attualizza la facoltà di proporre la relativa azione.