**l’effettività della tutela**

**nel giudizio di ottemperanza**

*1. L’ottemperanza come “luogo dell’effettività”. – 2. La posizione giuridica del ricorrente vittorioso. – 3. Il nodo dei poteri del giudice sull’attività amministrativa successiva al giudicato. – 4. L’incerta definizione del giudicato amministrativo. – 5. Conclusioni: un bivio e un’incertezza.*

**1. L’ottemperanza come “luogo dell’effettività”.**[[1]](#footnote-1)

In qualsiasi tipo di processo il momento dell’esecuzione del giudicato, lungi dall’essere una sorta di “appendice” alla fase di cognizione, da considerare il vero *core* dell’attività e della funzione del giudice, ne costituisce un passaggio essenziale in quanto in esso si manifesta *in concreto* l’effettività della tutela giurisdizionale: l’esecuzione del *decisum* giudiziale costituisce “*la cinghia di trasmissione dal diritto al fatto*”,[[2]](#footnote-2) il momento in cui il comando espresso nella pronuncia del giudice deve trovare attuazione nella realtà materiale (o, come pure può dirsi, il sillogismo operato dal giudice attraverso la qualificazione della fattispecie concreta esaminata alla stregua delle norme giuridiche deve tradursi in pratica attraverso l’adeguamento dell’ “essere” al “dover essere”). Ciò è particolarmente vero per il processo amministrativo, come ben compreso da dottrina e giurisprudenza che hanno da tempo dedicato una speciale attenzione al giudizio di ottemperanza, con una profusione di analisi e di studi che ha conosciuto rinnovato vigore negli ultimi anni, dopo che tale giudizio ha ricevuto una disciplina organica – e, per molti versi, anche innovativa – grazie al Codice del processo amministrativo del 2010.

è cosa nota che l’ordinamento processuale amministrativo, specie nell’ultimo ventennio, abbia maturato una particolare sensibilità per il tema dell’effettività della tutela: tanto emerge già dal primo articolo del Codice processuale, il quale espressamente richiama il principio di effettività quale cardine dell’intero sistema. La norma non ha solo valore di enunciazione di principio,[[3]](#footnote-3) ma rappresenta il punto di arrivo di un lungo e articolato percorso storico, riassumibile nella nota formula della transizione dal “giudizio sull’atto” al “giudizio sul rapporto”, il cui motore principale è stato costituito proprio dalla tensione verso un modello di processo idoneo ad assicurare al cittadino, nei suoi rapporti con i poteri pubblici, strumenti di reazione e tutela in grado di assicurargli, in caso di esito positivo della controversia che abbia instaurato, proprio e specificamente il “bene della vita” cui aspirava o che si è visto leso dall’illegittima azione della p.a.[[4]](#footnote-4) In questo senso, l’effettività della tutela giurisdizionale può in prima approssimazione identificarsi con la (almeno potenziale) satisfattività della tutela medesima, in linea con l’insegnamento della dottrina processualcivilistica secondo cui l’efficacia di un sistema processuale si misura dalla sua capacità di far conseguire alla parte vittoriosa tutto quello e proprio quello a cui la sua pretesa tendeva.[[5]](#footnote-5)

In questa prospettiva, i meccanismi di esecuzione delle decisioni giudiziali costituiscono un immediato riflesso delle potenzialità dell’azione, nel duplice senso che essi:

* in negativo, non possono mai essere tali da consentire alla parte vittoriosa di conseguire utilità maggiori di quelle che l’iniziativa giudiziale era *ab initio* preordinata ad assicurare;
* in positivo, devono essere in grado di consentire alla pronuncia giudiziale di tradursi in modo pieno ed efficace nella realtà materiale.[[6]](#footnote-6)

Tali essendo le premesse logico-sistematiche del tema trattato, si comprende il perché esso assuma connotati tutt’affatto peculiari allorché ci si misuri con il problema dell’elaborazione di meccanismi processuali volti a disciplinare l’esecuzione delle sentenze da parte della pubblica amministrazione, ossia delle sentenze che, accogliendo i ricorsi proposti dai privati, abbiano riconosciuto l’illegittimità dell’esercizio (o del mancato esercizio) di un potere pubblico.[[7]](#footnote-7) è sufficiente riflettere sulla peculiare posizione che in questo caso riveste la parte soccombente, la quale è titolare di attribuzioni e poteri riservatile dalla legge per ragioni di interesse collettivo, per intuire il perché il processo amministrativo di esecuzione si atteggi in modo del tutto diverso e peculiare rispetto all’omologo giudizio del processo civile;[[8]](#footnote-8) tale peculiarità è palese già dal *nomen,* essendo evidente che la formula “*giudizio di ottemperanza*” impiegata dal c.p.a.[[9]](#footnote-9) ha una portata più ampia e variegata rispetto alla mera “*esecuzione*”, ricomprendendo tutte le attività necessarie e idonee a garantire la “*attuazione*” (come recita l’art. 112 c.p.a.) del comando giudiziale.

Chi ha comparato la normativa italiana *in subiecta materia* con quella di altri ordinamenti europei e occidentali ha constatato come essa sia fra le più avanzate quanto a capacità di assicurare, fornendo al giudice dell’esecuzione una serie di penetranti strumenti coercitivi e di intervento nei confronti della p.a., una tutela piena ed effettiva al ricorrente vittorioso.[[10]](#footnote-10) E in effetti, si può dire che il giudizio di ottemperanza così come conformato dalle norme vigenti costituisca quasi un *unicum* rispetto alle esperienze processuali di altri Stati, vedendo la propria più eclatante caratteristica – questa sì sconosciuta quasi a ogni altro ordinamento – nell’attribuzione al giudice dell’esecuzione di una cognizione estesa al merito (e, quindi, del potere di sostituirsi all’amministrazione inadempiente, adottando direttamente gli atti e i provvedimenti che dovranno consolidare l’assetto di interessi nel rapporto controverso). Non si tratta, invero, di una conquista recente, essendo il dato in questione presente nella disciplina del giudizio amministrativo fin dai suoi albori[[11]](#footnote-11) e chiaramente connesso alla genesi di tale giudizio, sorto come un vero e proprio prolungamento in sede contenziosa dell’amministrazione attiva[[12]](#footnote-12) e quindi tradizionalmente sviluppatosi come un processo comunque profondamente compenetrato con l’azione amministrativa nel suo svolgersi.[[13]](#footnote-13)

Quest’ultimo rilievo introduce al nucleo essenziale delle questioni teoriche che si agitano attorno al giudizio di ottemperanza, essendo nota la diversità di impostazioni di fondo che al riguardo è riscontrabile in dottrina in ordine alla sua natura giuridica. La tesi dominante, che attribuisce a tale giudizio una natura mista di cognizione ed esecuzione,[[14]](#footnote-14) muove proprio dall’evidenziata profonda compenetrazione tra amministrazione e giurisdizione, nonché dalla visione della funzione amministrativa come tendenzialmente inesauribile della quale il giudice conosce solo un “frammento”.[[15]](#footnote-15) A tale opinione si contrappone però quella di chi, nel quadro di una costruzione del giudizio amministrativo maggiormente aderente a principi di teoria generale del processo, esclude che in sede di ottemperanza possano essere estesi e integrati i profili che hanno formato oggetto *a monte* del giudizio di cognizione, dovendo unicamente assicurarsi l’attuazione del *decisum* per il caso concreto.[[16]](#footnote-16) Queste due concezioni, come meglio appresso si dirà, hanno rilevanti ricadute anche nella visione della natura del giudicato amministrativo e della sua portata vincolante.

**2. La posizione giuridica del ricorrente vittorioso.**

Una delle questioni che a proposito dell’ottemperanza al giudicato a volte ancora si ritrova nella manualistica, ancorché segnalata come di rilievo soprattutto teorico, è quella di che tipo di situazione giuridica soggettivasi faccia valere col ricorso per l’ottemperanza al giudicato; ci si chiede, in altri termini, se il ricorrente vittorioso all’esito di un giudizio di cognizione sia titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo.

La tesi ancora prevalente, elaborata già in tempi piuttosto risalenti,[[17]](#footnote-17) riconosce al ricorrente una posizione di diritto soggettivo perfetto*,* a fronte del quale alla p.a. incomberebbe un vero e proprio obbligo di rispettare il giudicato. A tale conclusione si giunge sulla base di plurimi argomenti, molti dei quali oggi apparentemente confermati dal legislatore con norme espresse:

1. innanzi tutto, il ricorrente vittorioso si trova in una posizione differenziata rispetto a *quisque de populo,* avendo ottenuto una pronuncia che incide direttamente sul suo rapporto giuridico con la p.a., e potendo quindi egli solo agire in giudizio per chiederne l’esecuzione;
2. in secondo luogo, l’azione di ottemperanza non è soggetta a termini decadenziali, essendo quindi esercitabile finché permane l’inottemperanza della p.a. e restando soggetta solo al termine di prescrizione dell’*actio judicati* di cui all’art. 2953 c.c. (come oggi confermato dal disposto dell’art. 114, comma 1, c.p.a.);
3. infine, i nuovi provvedimenti eventualmente adottati dalla p.a. in difformità dal *decisum* giudiziale sarebbero non solo illegittimi, ma affetti da vera e propria nullità, come oggi confermato dall’art. 21-*septies,* comma 2, della legge 7 agosto 1990, nr. 241 (introdotto dalla “novella” del 2005, ch *in parte qua* ha recepito una diffusa giurisprudenza).[[18]](#footnote-18)

Questa costruzione, per quanto convincente, mostra però dei limiti nei casi in cui l’attività che la p.a. deve porre in essere all’esito del giudicato non sia vincolata ma discrezionale, e quindi la parte pubblica disponga di un margine più o meno ampio di determinazione in ordine al *quomodo* della detta attività, potendo scegliere tra diverse forme e modalità di adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto: si tratta di situazioni – peraltro tutt’altro che infrequenti nella pratica – nelle quali la posizione del privato, ad onta dei rilievi sopra svolti, sembrerebbe tipicamente riconducibile alla figura dell’interesse legittimo.[[19]](#footnote-19)

Per questo, la dottrina più recente ha evidenziato come, pur dopo che il legislatore ha ampliato e arricchito gli strumenti e le tecniche di tutela di cui il giudice amministrativo dispone per assicurare al ricorrente vittorioso una tutela piena ed effettiva, occorra pur sempre fare i conti con quello che – almeno, e certamente, nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità – resta l’oggetto della cognizione giudiziale: e cioè l’interesse legittimo, inteso come complessa situazione giuridica soggettiva, di natura sostanziale, che attribuisce al titolare di essa la possibilità di ottenere un provvedimento per conseguire il bene della vita a cui aspira.[[20]](#footnote-20) E se, come l’esperienza insegna, spesso a fronte dell’azione amministrativa possono sussistere in capo ai privati anche posizioni strumentali o di *chance,* ne discende che giammai la sentenza potrà assicurare al privato qualcosa di più della possibilità di ottenere il bene della vita, attraverso una riedizione del potere pubblico che sarà limitata solo da quanto positivamente accertato in giudizio. Così stando le cose, si spiega il perché al fine di assicurare comunque l’effettività della tutela il legislatore attribuisca al giudice dell’esecuzione poteri decisori estesi al merito, di portata così ampia da far dubitare della stessa loro natura giurisdizionale.[[21]](#footnote-21)

**3. Il nodo dei poteri del giudice sull’attività amministrativa successiva al giudicato.**

Il problema dei limiti e degli strumenti con cui il giudice dell’ottemperanza possa conoscere degli atti e provvedimenti posti in essere dalla p.a. in relazione al rapporto giuridico su cui è intervenuto il giudicato amministrativo e in epoca a questo successiva nemmeno avrebbe potuto porsi nell’assetto originario del giudizio amministrativo, nel quale lo spazio dell’azione di ottemperanza era circoscritto quasi esclusivamente alle ipotesi di inerzia dell’amministrazione nel dare attuazione al *decisum* giudiziale (oltre che a quelle, meramente teoriche, di rifiuto espresso di ottemperare).[[22]](#footnote-22) E invero, il rimedio dell’ottemperanza storicamente nasce per assicurare “*l’adempimento dell’obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*” (art. 25, n. 6, l. 2 giugno 1889, n. 6166, poi trasfuso nell’art. 27, n. 4, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054), e, quindi, con specifico riferimento alle sentenze del giudice ordinario con le quali, stante il divieto per tale giudice di annullare gli atti della p.a., ne sia stata incidentalmente accertata l’illegittimità (art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Il rimedio viene poi esteso in via pretoria anche alle sentenze del giudice amministrativo,[[23]](#footnote-23) con indirizzo poi codificato dall’art. 37, comma 2, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, e in tal modo, come evidenziato dalla dottrina che ha più da vicino esaminato il descritto processo evolutivo, un rimedio originariamente concepito per dare attuazione a sentenze di condanna – quali di regola sono le sentenze del giudice civile – cominciò a essere impiegato per assicurare l’esecuzione di decisioni, quali quelle del giudice amministrativo, i cui effetti principali erano di tipo costitutivo, sostanziandosi in caso di accoglimento del ricorso nell’annullamento del provvedimento illegittimo.[[24]](#footnote-24)

Così stando le cose, e stante l’impossibilità in via generale che le sentenze costitutive possano costituire titolo esecutivo per l’esecuzione forzata, nel descritto assetto tradizionale l’efficacia delle sentenze di annullamento del giudice amministrativo era eminentemente preclusiva, sostanziandosi nell’impossibilità per la p.a. di adottare un nuovo provvedimento affatto dai medesimi vizi accertati nella decisione definitiva.[[25]](#footnote-25) L’insoddisfazione per gli effetti di questo approccio, che comportando per il ricorrente vittorioso la necessità di impugnare in un nuovo giudizio di cognizione tutti gli eventuali nuovi provvedimenti non satisfattivi adottati dall’amministrazione recava in sé il rischio di una riproduzione *ad infinitum* del contenzioso, con evidente frustrazione delle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, indusse come noto la dottrina a elaborare la teoria dei cd. effetti conformativi delle sentenze amministrative; in sostanza, al di là dell’effetto immediato costituito dalla rimozione dal modo giuridico del provvedimento illegittimo, le decisioni di annullamento – specie se lette senza limitarsi al dispositivo, ma analizzandone le motivazioni – producono sempre l’effetto di orientare e indirizzare il riesercizio del potere da parte della p.a., la quale è chiamata ad adeguare la propria azione ai precetti comunque ricavabili dal *decisum* giudiziale.[[26]](#footnote-26) O, come altri preferiva affermare, le decisioni del giudice amministrativo a differenza di quelle del giudice civile sono rivolte al tempo stesso al passato e al futuro, incidendo su vicende giuridiche a volte definite ma nella più parte dei casi *in fieri,* così da risentire anche dei mutamenti della realtà materiale e giuridica che possono essere intervenuti *medio tempore.*[[27]](#footnote-27)

Tale peculiarità delle sentenze del giudice amministrativo si manifesta, come pure è noto, in relazione alle decisioni che non siano c.d. autoesecutive, ossia suscettibili di produrre immediatamente modificazioni nella sfera giuridica dei soggetti interessati, e che pertanto necessitino di una nuova attività ulteriore da parte della p.a. per garantire la piena attuazione del *decisum* giudiziale in relazione al caso concreto.[[28]](#footnote-28) è in relazione a queste ultime ipotesi, per l’appunto, che sorge il problema di quale sia il regime dell’impugnazione degli atti posti in essere dall’amministrazione successivamente al giudicato, e magari in asserita esecuzione di esso, i quali tuttavia non risultino satisfattivi della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente vittorioso; un problema che il legislatore e la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella già richiamata sentenza n. 2 del 2013, hanno inteso affrontare in un’ottica fortemente condizionata dai principi di effettività e di concentrazione della tutela giurisdizionale.

In particolare, alla stregua della disciplina del Codice del 2010 (art. 114, comma 2, lett. *b*) fra i poteri esercitabili dal giudice dell’ottemperanza vi è anche quello di dichiarare nulli gli eventuali atti posti in essere dall’amministrazione soccombente in violazione o elusione del giudicato: si tratta di un richiamo alla particolare ipotesi di nullità, a suo tempo elaborata dalla giurisprudenza al fine di ridurre i rischi di frustrazione dell’interesse del ricorrente vittorioso in caso di ripetuto riesercizio del potere da parte della p.a. in senso per lui sfavorevole, e oggi prevista dall’art. 21-*septies,* comma 2, della legge nr. 241 del 1990, ed in relazione alla quale l’art. 133, comma 1, lettera *a*), nr. 5, c.p.a. devolve le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (in tal modo superando i problemi che si sarebbero potuti porre, sul piano logico-sistematico, alla luce della normale attribuzione delle controversie in materia di nullità del provvedimento amministrativo al giudice ordinario).[[29]](#footnote-29)

Non rinvenendosi in alcuna delle norme dianzi citate una definizione espressa dei concetti di “*violazione*” ed “*elusione*” del giudicato, a esercitarsi nella sua elaborazione è stata soprattutto la giurisprudenza. Si è affermato quindi in modo abbastanza concorde che la violazione del giudicato sarebbe configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale ovvero si ponga in contrasto con precise e puntuali statuizioni del giudice; si avrebbe invece elusione del giudicato allorquando l’amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegua l’obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo.[[30]](#footnote-30) Se sul piano concettuale tali nozioni appaiono abbastanza chiare, nella pratica è però tutt’altro che agevole comprendere, in presenza di un nuovo provvedimento non satisfattivo per il ricorrente, quando si sia in presenza del vizio di nullità così configurato, conoscibile dal giudice dell’ottemperanza, e quando invece si tratti di autonomi vizi di legittimità da far valere con nuova azione di annullamento; ed è noto che l’intervento dell’Adunanza plenaria, con la più volte citata sentenza n. 2 del 2013, è stato occasionato dall’esigenza di risolvere il problema, determinato da tale incertezza, della frequente duplicazione di giudizi per cui la parte vittoriosa finisce per proporre contestualmente un’azione di ottemperanza dinanzi al giudice dell’esecuzione (di primo o secondo grado, a seconda che la sentenza da ottemperare sia stata confermata o riformata in appello) e una nuova azione di annullamento presso il T.A.R. competente in base alle regole ordinarie.

Il Supremo Collegio ha inteso fornire al quesito una risposta che, senza restare inchiodata a problematiche di inquadramento dogmatico, individuasse una soluzione al tempo stesso pratica e idonea a perseguire una tutela celere ed effettiva; ciò ha fatto affermando – in linea con i plurimi indizi rinvenibili nella disciplina positiva del c.p.a. - la competenza esclusiva del giudice dell’ottemperanza in ordine ai vizi di violazione o elusione del giudicato*,* ove prospettati, da esercitarsi “in prima battuta”, con la successiva possibilità, ove tali vizi risultino non sussistenti, di disporre la conversione dell’azione di ottemperanza in ordinaria azione di annullamento *ex* art. 32, comma 2, c.p.a. (purché ne ricorrano i presupposti). In estrema sintesi, la parte vincitrice, la quale sia insoddisfatta degli ulteriori atti posti in essere dall’amministrazione e li reputi violativi o elusivi del giudicato, dovrebbe sempre rivolgersi al giudice dell’ottemperanza quale “giudice naturale” di tali vizi,[[31]](#footnote-31) ma non è affatto esclusa la possibilità che l’atto sia affetto da vizi nuovi ed estranei all’ambito della *res iudicata,* rispetto ai quali si “riespande” l’ordinaria competenza del giudice della cognizione.

Al di là delle critiche che la soluzione così elaborata ha suscitato, non solo sul piano teorico ma anche per la sua inidoneità a risolvere *in radice* il problema pratico che la aveva occasionata,[[32]](#footnote-32) in questa sede è utile evidenziare come essa si collochi a pieno titolo nel solco della tradizionale costruzione del rito dell’ottemperanza come vera e propria prosecuzione della fase della cognizione (ovvero, secondo altri e come si è visto, della stessa amministrazione attiva), incidendo l’intervento del giudice su un’azione amministrativa il più delle volte *in fieri* e destinata a rinnovarsi in epoca successiva allo stesso *decisum* giudiziale. Un dato positivo eclatante in tal senso è costituito oggi dalla previsione dell’art. 34, comma 1, lettera *e*), c.p.a., la quale consente al giudice di anticipare alla fase di cognizione alcuni effetti tipici dell’ottemperanza disponendo le “*misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l’ottemperanza*”. In questo modo, secondo i commentatori più attenti,[[33]](#footnote-33) si sarebbe verificata una sorta di osmosi tra cognizione ed esecuzione, in nome dei principi di economia processuale ed effettività della tutela, come sarebbe confermato dalla mancata riproduzione nel codice del 2010 sia del già citato art. 88 del r.d. nr. 642 del 1907 (che devolveva all’amministrazione l’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo) sia della tradizionale formula, già contenuta nell’art. 45 dello stesso regolamento, per cui le dette decisioni facevano sempre “*salvi gli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa*”.

L’esistenza di tale compenetrazione è un dato evidente e innegabile dell’attuale disciplina, e tuttavia si avverte l’esigenza di mantenere una linea di confine tra cognizione ed esecuzione: innanzi tutto per la diversa natura della cognizione attribuita al giudice (che solo in sede di ottemperanza è estesa anche al merito)[[34]](#footnote-34) e per l’ineliminabile permanere di una riserva di amministrazione, espressione del principio di separazione dei poteri, che esclude di regola ogni “sconfinamento” del giudice nella sfera delle valutazioni rimesse dalla legge alla p.a.[[35]](#footnote-35)

Vero è che proprio questo singolare e innovativo assetto normativo ha suscitato in dottrina opinioni anche fortemente divergenti, con conclusioni destinate a investire i fondamenti stessi del giudizio amministrativo e la concezione del ruolo in esso svolto dal giudice. Una prima impostazione, nella sua elaborazione più estrema,[[36]](#footnote-36) è approdata ad una sorta di “civilizzazione” del processo amministrativo, sulla base del rilievo che tale processo oggi non ha a oggetto più solo l’atto impugnato, essendone ormai superata la tradizionale connotazione impugnatoria (ciò che è dimostrato dalla previsione nel c.p.a. di una pluralità di azioni, oltre a quella di annullamento): a essere oggetto del giudizio non sarebbe neanche, come si usa dire, il rapporto, ma molto più banalmente la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo). Ciò viene argomentato, impiegando categorie care alla dottrina processualcivilistica, con l’assunto che il diritto soggettivo, e quindi anche l’interesse legittimo, è una nozione di relazione, non concepibile se non all’interno di un rapporto nel quale a ogni situazione soggettiva attiva ne corrisponde una passiva.

Ciò premesso, gli obblighi conformativi incombenti all’amministrazione in conseguenza dell’accoglimento del ricorso dovrebbero essere individuati – contrariamente a quanto di regola avviene - nella sola parte dispositiva della sentenza resa all’esito del giudizio di cognizione, mentre le argomentazioni spese nella motivazione dovrebbero intendersi, non diversamente da quanto avviene nel giudizio civile, come strettamente afferenti ai “fatti costituitivi”, “estintivi”, “modificativi” o “impeditivi” della pretesa azionata, rispetto ai quali – come pacificamente assodato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione in sede di interpretazione dell’art. 2909 c.c. – il giudicato sostanziale non potrebbe mai formarsi al di fuori dei casi in cui si tratti di fatti che per legge debbono essere accertati con autorità di cosa giudicata. Detta in altri termini: così come nel giudizio civile il giudicato investe soltanto il riconoscimento del diritto fatto valere dall’attore vittorioso, nonché l’inadempimento (o inesatto adempimento) della controparte, e ad esso sono estranee, oltre alle ragioni e alle modalità di detto inadempimento, anche le modalità con cui dovrà in seguito avvenire l’adempimento (o l’esatto adempimento), che costituiscono materia tipicamente rimessa al giudice dell’esecuzione; alla stessa stregua nel giudizio amministrativo non è ammissibile una condanna, e quindi un giudicato, che incida sulle modalità del futuro riesercizio del potere da parte della p.a. soccombente.

Lo sbocco di tale *iter* argomentativo consiste nel devolvere alla fase dell’ottemperanza tutto ciò che segue il giudicato favorevole al ricorrente: unica soluzione, questa, ritenuta coerente con l’assunto di partenza della natura sostanziale dell’interesse legittimo e dell’individuazione di tale situazione giuridica quale oggetto dell’accertamento giurisdizionale. Donde, una serie di rilevanti corollari:

* in nessun caso potrebbe ammettersi, in presenza di nuovi provvedimenti amministrativi intervenuti dopo il giudicato nell’ambito del medesimo rapporto, che l’originario ricorrente abbia l’onere di attivare avverso gli stessi un nuovo giudizio di cognizione, perché ciò equivarrebbe a dire che egli stia azionando un interesse legittimo nuovo e diverso rispetto a quello che ha già formato oggetto del *decisum* giudiziale (mentre è di tutta evidenza che la pretesa sostanziale, il “bene della vita” cui si aspira, sono esattamente gli stessi), ovvero a “dissolvere” la detta situazione soggettiva in una nozione meramente processuale;
* tutti i nuovi provvedimenti adottati dall’amministrazione soccombente, ove non satisfattivi della detta pretesa sostanziale, sarebbero sempre - per definizione - resi in violazione o elusione del giudicato, dovendo queste nozioni essere assimilate a quelle civilistiche di “*inadempimento*” e “*inesatto adempimento*” degli obblighi gravanti sul debitore;
* così come, dopo il passaggio in giudicato di una sentenza civile di accertamento e/o condanna, spetta al giudice dell’esecuzione la cognizione sulle ulteriori condotte del debitore soccombente, a carico del quale il creditore vittorioso lamenti un inadempimento o inesatto adempimento, del pari il giudice dell’ottemperanza sarebbe sempre competente a conoscere degli atti sopravvenuti, dovendo questi semplicemente misurarsi con l’ormai intervenuto accertamento giudiziale dell’interesse legittimo del ricorrente;
* né dovrebbe far scandalo il fatto che, a questo punto, al giudice amministrativo sia consentito sempre un sindacato esteso al merito, fino alla possibile surrogazione dell’amministrazione soccombente (direttamente o a mezzo del commissario *ad acta*), dal momento che dopo la sentenza di condanna ciò che rileva è solo l’obbligo sottoposto a coercizione, perché l’esercizio del potere permane esclusivamente come strumento di attuazione di quell’obbligo (in altre parole, esiste ancora il potere dal punto di vista della produzione degli effetti, ma dopo la condanna non è più lo stesso potere originale e riservato alla p.a., avendo esso subito una sorta di “mutazione genetica” a seguito del riconoscimento della fondatezza della pretesa attorea);[[37]](#footnote-37)
* le suesposte conclusioni – ciò che più rileva – sarebbero valide indifferentemente sia che l’attività da compiersi dalla p.a., all’esito del giudicato che la abbia vista soccombente, abbia natura meramente vincolata (in astratto o *in concreto*), sia che invece la stessa p.a. debba nuovamente procedere a valutazioni discrezionali o tecnico-discrezionali.

Altra dottrina,[[38]](#footnote-38) più attenta alle peculiarità della giurisdizione amministrativa, evidenzia come questa impostazione sia suscettibile di travolgere una serie di approdi consolidati in tema di non solo di riesercizio del potere amministrativo, ma anche di rapporti fra giudicato e sopravvenienze, giudicato a formazione progressiva etc., in modo da portare a una sorta di dissolvimento della giustizia amministrativa in un indistinto modello processuale unico e generico. Tuttavia, è vero – come già si è rilevato - che il legislatore sembra aver adottato una linea di individuazione del giudice dell’ottemperanza come giudice naturale di pressoché tutte le controversie afferenti all’esecuzione del giudicato: ne è prova anche la disposizione dell’art. 114, comma 6, c.p.a, introdotta dal “correttivo” del 2012,[[39]](#footnote-39) che ha attribuito al giudice dell’ottemperanza tutte le controversie tra le parti originarie del giudizio relative agli atti del commissario *ad acta,* indipendentemente dai vizi dedotti (e, quindi, non solo per violazione o elusione del giudicato, ma anche per qualsiasi altro vizio di legittimità).

Rispetto a questa contrapposizione dottrinaria, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, pur senza assumere una posizione teorica precisa, ha chiaramente sposato una linea “mediana” intesa più alla ricerca delle soluzioni a problemi concreti che all’elaborazione di modelli logico-sistematici. Ciò è particolarmente evidente nel modo in cui viene inquadrato il rapporto tra perdurante titolarità del potere in capo all’amministrazione soccombente ed esigenze di tutela effettiva del ricorrente vittorioso: nella fondamentale sentenza n. 2/2013, dopo aver escluso che dal giudicato possa sempre e comunque discendere un divieto assoluto per l’amministrazione di adottare nuove determinazioni sfavorevoli per il ricorrente, si aggiunge però: “*…occorre che la p.a. attivi una leale cooperazione per dare concreta attuazione alla pronuncia giurisdizionale anche e soprattutto alla luce del fatto che nell’attuale contesto ordinamentale la risposta del giudice amministrativo è caratterizzata da un assetto soggettivo, inteso come soddisfazione di una specifica pretesa. E se è vero che la sua soddisfazione non può prescindere dall’ottimale assetto di tutti gli interessi coinvolti ivi compresi quelli pubblici, è anche vero che ciò non può e non deve costituire un alibi per sottrarsi al doveroso rispetto del giudicato.*

*Consegue da tutto ciò che la nuova operazione valutativa deve dimostrarsi il frutto della costatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente e non sia, invece, l’espressione di una gestione – a dir poco – ondivaga e contraddittoria del potere e in quanto tale contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio costituzionale del buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede*”.[[40]](#footnote-40)

La valorizzazione del principio di buona fede nell’esecuzione del giudicato amministrativo, che è espressione del più generale principio individuato dalle più recenti dottrina e giurisprudenza quale criterio ispiratore dell’azione amministrativa tutta,[[41]](#footnote-41) dovrebbe fornire il sostrato indispensabile ad alcune soluzioni pratiche ben note alla giurisprudenza che si è sforzata di elaborare tecniche di tutela idonee a fornire in sede di ottemperanza tutela piena ed effettiva al ricorrente vittorioso. La più nota di tali soluzioni è quella basata sulla teoria del c.d. *one shot,* ossia sull’affermazione che l’amministrazione, una volta chiamata a riesaminare la *res controversa* all’esito di un giudicato di annullamento, sia tenuta a considerare una volta per tutte ogni elemento utile alle proprie valutazioni, non potendo in seguito ritornare in argomento evocando profili nuovi e diversi non messi in discussione dal *decisum* giudiziale.[[42]](#footnote-42)

**4. L’incerta definizione del giudicato amministrativo.**

Le diversità di approccio evidenziate al paragrafo precedente disvelano, a ben vedere, quello che è il nodo problematico *a monte* di tutte le questioni interpretative e applicative che si agitano attorno al giudizio di ottemperanza: e, cioè, il tema della natura e degli effetti del giudicato amministrativo. Anche nel processo amministrativo, infatti, il giudicato “*è l’anello di congiunzione tra la sentenza e l’ottemperanza/esecuzione ed è il punto di arrivo dell’esercizio della funzione giurisdizionale che deve creare certezza su un rapporto controverso tra le parti*”;[[43]](#footnote-43) e tuttavia, è noto che nel giudizio amministrativo le tradizionali questioni in materia di giudicato si pongono in modo affatto peculiare rispetto al processo civile. Ciò non tanto per ragioni legate al dato positivo (ché manca nel c.p.a. un’autonoma definizione di giudicato, sicché per la sua individuazione – giusta il rinvio esterno di cui all’art. 39 – occorre far riferimento alle nozioni di giudicato formale e sostanziale contenute rispettivamente nell’art. 324 c.p.c. e nell’art. 2909 c.c.), quanto piuttosto per il particolare atteggiarsi del rapporto su cui incide il *decisum* giudiziale, il quale come già evidenziato vede come parte necessaria un soggetto titolare di poteri pubblici, sul cui esercizio anche futuro il *decisum* stesso è destinato a incidere.

Tale peculiarità, oltre a influire sul modo in cui vengono affrontate e risolte le questioni “classiche” dei limiti oggettivi e soggettivi della cosa giudicata, per quanto qui interesse rileva ai fini dell’applicazione della regola processualcivilistica per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Al riguardo, la giurisprudenza è ancora oggi sostanzialmente concorde nel ritenere che il predetto principio abbia valore limitato, nel senso che nel processo amministrativo il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell’atto di cui è stata accertata la sussistenza (o l’insussistenza) sulla base dei motivi di censura articolati dal ricorrente.[[44]](#footnote-44) Ne discende che il rigetto del ricorso non è detto comporti sempre e comunque la definitiva affermazione della legittimità del provvedimento impugnato, ben potendo questo essere nuovamente gravato sulla base di motivi diversi (fermo restando, come è ovvio, il rispetto del termine di decadenza dell’impugnazione)[[45]](#footnote-45) ovvero annullato in autotutela dalla stessa p.a. per vizi diversi; correlativamente, l’annullamento dell’atto impugnato per l’accertamento di un vizio dedotto dal ricorrente non esclude che, una volta riesercitato il potere della p.a. con l’adozione di un nuovo provvedimento, questo possa essere impugnato dallo stesso originario ricorrente – e, se del caso, nuovamente annullato dal giudice – per vizi diversi, quand’anche già denunciati in relazione al precedente atto ma non esaminati dal giudice nel precedente giudizio. Quest’ultima osservazione evoca la problematica dei limiti di ammissibilità della pratica da parte del giudice dell’assorbimento dei motivi di censura, che non può essere approfondita in questa sede.[[46]](#footnote-46)

Quanto fin qui osservato vale però per la giurisdizione generale di legittimità, o meglio per il giudicato di annullamento conseguente ad azione impugnatoria a tutela di interessi legittimi; diverse considerazioni vanno fatte in relazione ai giudizi di giurisdizione esclusiva, allorché si controverta in materia di diritti soggettivi, laddove si ritiene applicabile *in toto* la regola civilistica, perché la pronuncia – così si assume – interviene non sull’atto, ma sul rapporto.[[47]](#footnote-47) Pertanto, in questi casi il giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il titolo della stessa azione (*causa petendi*) ed il bene della vita che ne forma oggetto (*petitum*): entro tali limiti, il giudicato copre non soltanto le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico e indefettibile della decisione stessa, restando salva e impregiudicata soltanto la sopravvenienza di fatti e situazioni nuove, verificatisi dopo la formazione del giudicato.[[48]](#footnote-48)

Ai fini che qui interessano, ciò che rileva è che il giudicato non è idoneo a vincolare integralmente l’azione futura della p.a., il cui operato successivo al *decisum* giudiziale è di regola condizionato dalle sole statuizioni espresse in cui si è estrinsecata la pronuncia di annullamento. In altri termini, all’esito del giudicato di annullamento è normale che la “palla” ritorni alla p.a., la quale è tenuta a intervenire con nuovi atti sul rapporto giuridico controverso, e che in tale nuovo operare essa – fermi restando i detti limiti negativi rivenienti dal giudicato – si riappropri pienamente del proprio potere funzionale.

Da questa considerazione, in una con la già evidenziata costruzione dell’effetto conformativo delle sentenze del giudice amministrativo, discende l’esigenza che nel giudizio amministrativo sia estremamente valorizzata al fine di individuare gli obblighi esecutivi incombenti alla p.a. la motivazione della decisione, in contrasto con il tradizionale insegnamento del processo civile per cui sono le statuizioni contenute nel processo civile a costituire oggetto della *res judicata,* individuando il vero e proprio “comando” in cui si concretizza la regola dettata dal giudice per il caso concreto. Il che pone il problema, specie in presenza di motivazioni estremamente articolate e complesse sul piano della ricostruzione giuridica e normativa, dell’individuazione del confine spesso evanescente fra statuizioni suscettibili di integrare il giudicato e meri *obiter dicta.*[[49]](#footnote-49)

Soprattutto, la dottrina più attenta ha evidenziato che questa ormai consolidata concezione del giudicato amministrativo mal si concilia con le profonde trasformazioni che il processo amministrativo ha subito negli ultimi decenni, attraverso l’attribuzione al giudice – in sede sia di cognizione che di ottemperanza – di poteri incisivi e penetranti (a livello di poteri istruttori e cognitori, di pronunce e misure adottabili etc.) che gli consentono di intervenire sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, senza più limitare la propria cognizione ai soli vizi dell’atto amministrativo impugnato che sono stati dedotti in giudizio. In una tale prospettiva, l’unica via per scongiurare le incertezze e difficoltà che si incontrano nella fase di attuazione del giudicato e al tempo stesso assicurare al ricorrente vittorioso una tutela realmente piena ed effettiva, sembrerebbe consistere proprio nello sposare *in toto* la regola del dedotto e del deducibile; e, per far ciò, occorre “blindare” le statuizioni suscettibili di formare giudicato limitandole a quelle solo che integrano il dispositivo della sentenza, attribuendo anche nel giudizio amministrativo alla motivazione quel ruolo di individuazione dei soli fatti costitutivi, estintivi etc. della situazione giuridica soggettiva accertata che essa svolge nel processo civile. Ed è significativo che, da parte della stessa dottrina che sottolinea tale necessità di profondo mutamento delle concezioni del giudicato amministrativo, gli approdi giurisprudenziali più significativi in tal senso sono considerati proprio quelli espressi dalla già ricordata soluzione del c.d. *one shot,* per cui dopo un giudicato di annullamento dal quale derivi per l’amministrazione il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo sussiste l’obbligo di esaminare l’affare nella sua interezza sollevando una volta per tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati.[[50]](#footnote-50)

**5. Conclusioni: un bivio e un’incertezza.**

Le divergenti impostazioni che si sono testé riassunte, come è ovvio, non sono limitate a una differente concezione dell’estensione e degli effetti del giudicato amministrativo, ma investono sotto diversi profili un po’ tutta la costruzione del rapporto fra p.a. e parti private nella fase successiva alla sentenza definitiva di annullamento, risentendo per vero di diverse concezioni di fondo del ruolo stesso del giudice amministrativo e del processo dinanzi ad esso. Innanzi tutto, esse comportano in modo pressoché automatico differenti approdi in ordine alla risposta da dare al quesito da cui si è partiti circa la definizione della situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il ricorrente vittorioso: si è visto che chi, in contrasto con i tradizionali e ancora prevalenti indirizzi della giurisprudenza, tende a ricondurre la nozione di giudicato amministrativo al *proprium* della *res judicata* in generale (quale elaborato in relazione al processo civile), finisce quasi naturalmente per riconoscere l’esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo, essendo la posizione del ricorrente ormai “conformata” dall’intervento giudiziale che la ha resa piena e differenziata rispetto a quella anche di tutti gli altri destinatari dell’azione amministrativa che in partenza si trovassero in condizioni identiche, con la conseguenza che ogni controversia ulteriore in ordine al *quomodo* della successiva attività amministrativa di attuazione del giudicato spetterà al giudice dell’ottemperanza, quale giudice naturale chiamato a vigilare sulla piena realizzazione della pretesa attorea; al contrario, chi sèguita ad attribuire al giudicato amministrativo un carattere peculiare connesso al suo incidere su potestà originarie e tendenzialmente inesauribili dell’autorità pubblica non può che negare che la situazione di interesse legittimo azionata dal ricorrente possa subire una siffatta “mutazione genetica” per effetto della pronuncia di annullamento, restando tale e quindi esposta alle nuove e/o sopravvenute valutazioni discrezionali che l’amministrazione potrà o dovrà compiere, con i consequenziali distinguo in ordine al giudice chiamato a intervenire in relazione alle diverse tipologie di situazioni ipotizzabili (violazione o elusione di giudicato ovvero vizi nuovi; potere vincolato o discrezionale in capo alla p.a. in sede di riedizione del potere; vizi formali o sostanziali individuati nel *decisum* da eseguire).

Non v’è dubbio che su questo dilemma di fondo incide anche la profonda trasformazione che il processo amministrativo ha subito negli ultimi decenni, con l’attribuzione al giudice di poteri istruttori e decisori ormai non più sostanzialmente distinguibili da quelli del giudice ordinario. In tale quadro, la resistenza della giurisprudenza rispetto alla possibilità che anche dopo il giudicato la p.a. conservi comunque il potere di ridecidere in senso sfavorevole alla pretesa sostanziale del ricorrente viene letta dalla dottrina come segno della sopravvivenza della concezione del giudice amministrativo come “giudice dell’amministrazione”, ossia garante del punto di equilibrio tra interesse pubblico e interessi privati, ovvero della tendenza a valorizzare un modello di “giudice dell’economia” affermatosi soprattutto nell’ambito del contenzioso sui contratti pubblici, ed al quale è connaturata l’idea della ordinaria surrogabilità con rimedi di tipo risarcitorio/compensativo del riconoscimento del “bene della vita” cui il privato tende.[[51]](#footnote-51)

Di fronte a questo bivio, in cui da un lato si profila il rischio di uno smarrimento della stessa ragion d’essere della giustizia amministrativa nell’ambito di una visione “pan-civilistica” del ruolo del giudice nei rapporti tra p.a. e parte privata, e sull’altro versante l’unica alternativa a una rinuncia *a priori* all’effettività della tutela sembra essere il riconoscimento di un’ingerenza sempre più penetrante del giudice nelle scelte dell’amministrazione attiva attraverso l’espansione e l’esaltazione del sindacato di merito proprio dell’ottemperanza, il dato comune sembra essere il pericolo di crescenti tensioni rispetto al confine stesso che deve esistere tra la funzione giurisdizionale e quella amministrativa. Insomma, l’evidenziata osmosi tra procedimento amministrativo e processo, già nel momento del “farsi” dell’attività provvedimentale e successivamente in quello della rinnovazione di essa successiva all’intervento del giudice, può evolvere (o degenerare) in una continuità perniciosa per la stessa separazione tra i poteri. E, tuttavia, occorre prendere atto – come è stato da ultimo autorevolmente rilevato[[52]](#footnote-52) – che è pressoché connaturata all’attuale assetto dei poteri pubblici l’attribuzione al giudice amministrativo del compito di orientare e indirizzare l’attività della p.a., non solo con riguardo al singolo caso deciso ma anche più in generale nella fase di elaborazione della sue linee d’azione, a fronte di una crescente incertezza o inadeguatezza delle prassi amministrative e degli stessi dati normativi *a monte.*

Probabilmente la posizione più equilibrata è quella di chi,[[53]](#footnote-53) prendendo atto delle evidenziate profonde trasformazioni del giudizio amministrativo rispetto al modello originario, ritiene però che anche nella fase di esecuzione del giudicato le posizioni degli amministrati mantengano consistenza di interesse legittimo in relazione al più o meno ampio permanere di spazi per il nuovo esercizio del potere pubblico, e che l’assimilazione delle categorie proprie del processo civile, in vista della maggiore effettività della tutela del ricorrente vittorioso, debba essere assicurata piuttosto facendo riferimento al potere riconosciuto al giudice *ex* art. 2908 c.c. di incidere con le proprie decisioni sulle situazioni giuridiche delle parti, fra le quali nella specie rientrerebbe anche la posizione di potere di cui è titolare l’amministrazione (non diversamente dai casi in cui la sentenza civile incide su poteri privati suscettibili di nuovo esercizio). In tale cornice, il riconoscimento in capo al giudice dell’esecuzione di un sindacato esteso al merito, e quindi finanche del potere di adottare egli stesso il provvedimento amministrativo ritenuto in grado di assicurare al ricorrente il massimo possibile dell’utilità sperata, altro non è che uno strumento indispensabile ad assicurare il massimo accesso al fatto in un momento in cui il confine tra amministrazione e giurisdizione deve ritenersi ormai spostato a vantaggio della seconda.[[54]](#footnote-54)

*Raffaele Greco*

*Consigliere di Stato*

1. In generale, sull’esecuzione del giudicato amministrativo e sul giudizio di ottemperanza, oltre ai contributi citati nelle note che seguono, cfr. F. D’ALESSANDRI, *Il giudizio di ottemperanza,* Roma, 2015; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza,* Torino, 2014; A. CERRETO, *Il giudizio di ottemperanza nella sua evoluzione,* in *www.lexitalia.it* n. 3/2013; G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza,* in *Il nuovo processo amministrativo,* a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2013, 457 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza,* in *Il nuovo processo amministrativo,* Bologna, 2011; S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo,* in *www.giustamm.it,* 2011, 2, 11; F. CARINGELLA, *Il giudizio di esecuzione,* in F. CARINGELLA – R. ROMAGNOLI, R. DE NICTOLIS, V. POLI, *Manuale di giustizia amministrativa,* II; Roma, 2008, 579 ss.; M. CLARICH, *L’esecuzione,* in *Diritto processuale amministrativo,* a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2007, 311 ss.; F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo,* in *Dir. proc. amm.,* 2007, 2, 302 ss.;C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato,* Padova, 2005; c. calabrò, *Giudicato (dir. proc. amm.),* in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 2003; A. TRAVI, *L’esecuzione della sentenza,* in *Trattato di diritto amministrativo,* a cura di S. Cassese, V, Milano, 2003, 4647 ss.; A. ROMANO, *L’attuazione dei giudicati da parte della pubblica amministrazione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2001, 411 ss.;V. CAIANIELLO, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione,* in *Enc. dir.,* agg. II, Milano, 1999, 603 ss.; F. BARTOLOMEI, *In tema di ottemperanza al giudicato e di jus superveniens,* in *Dir. proc. amm.,* 1995, 115 ss.; F. FRANCARIO, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo,* in *Dir. proc. amm.,* 1995, 277 ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. L’espressione è di P. CARPENTIERI, *Esecuzione del giudicato,* in *www.giustizia-amministrativa.it* (2012), cui si rimanda per l’ulteriore sviluppo del tema e i connessi richiami dottrinali. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sul principio di effettività della tutela, in termini più ampi e sistematici, cfr. N. IRTI, *Significato giuridico dell’effettività,* Napoli, 2009, nonché P. PIOVANI, *Effettività (principio di),* in *Enc. dir.,* XIV, Milano, 1965, 420 ss.. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sul punto, cfr. P. DE LISE, *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali,* in *Atti del LVI Convegno di Studi di scienza dell’amministrazione (Varenna 23-25 settembre 2010)*, Milano, 2011. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (2010), secondo cui l’effettività cui si richiama l’art. 1 c.p.a. è “*la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell’interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto*”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sul punto, cfr. P. CARPENTIERI, *op. cit.,* il quale sottolinea l’inscindibile nesso di interdipendenza logica esistente tra azione e giudizio di esecuzione. [↑](#footnote-ref-6)
7. Le considerazioni che seguono nel testo sono svolte con riferimento al giudizio generale di legittimità, e quindi all’esecuzione delle sentenze di annullamento, le quali – malgrado le novità introdotte dal c.p.a., con la previsione di una pluralità di azioni oltre a quella tradizionale di impugnazione – costituiscono ancora oggi la parte prevalente del contenzioso portato all’attenzione del giudice amministrativo. Può però avvertirsi che le conclusioni esposte non sono destinate a mutare significativamente, salve le precisazioni che verranno fatte, in relazione a diverse tipologie di azioni (p.es. di adempimento o di accertamento) ovvero alla giurisdizione amministrativa esclusiva. [↑](#footnote-ref-7)
8. Si è però osservato che anche nel diritto privato esistono situazioni giuridiche che si concretano nell’esercizio di un potere in posizione di “*supremazia*” (p.es. in capo ai genitori o al datore di lavoro), e che in questi casi l’accertamento giudiziale, ancorché definitivo, copre solo un frammento di tale potere e non ne può impedire una nuova esplicazione, la quale ovviamente deve mantenersi nei limiti tracciati dal *decisum* intervenuto e spesso costituisce oggetto del giudizio di esecuzione: cfr. F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacuna dell’accertamento*, in *Dir. proc. amm.,* 2018, 2, 534 ss.. [↑](#footnote-ref-8)
9. Il codice del 2010 ha per la prima volta recepito la formula *de qua,* elaborata dalla giurisprudenza nell’applicazione delle norme previgenti, recepita in dottrina per la prima volta da M.S. Giannini (*Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1960) e già trasfusa in altri consimili ordinamenti processuali: cfr. A. CERRETO, *Il nuovo volto dell’ottemperanza,* in *www.giustizia-amministrativa.it* (2012). [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. il rapido *excursus* compiuto da V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Commissario ad acta,* in *Enc. dir.,* agg. VI, 2002, il quale peraltro nota (ed il rilievo non è forse autonomo da quello evidenziato nel testo) come l’Italia detenga anche il primato della “riluttanza” delle amministrazioni pubbliche a dare piena e corretta esecuzione alle decisioni sfavorevoli dei giudici. [↑](#footnote-ref-10)
11. In particolare, prima dell’entrata in vigore del c.p.a., la previsione della cognizione estesa al merito per le controversie in tema di obbligo dell’amministrazione di conformarsi al giudicato era contenuta nell’art. 27, comma 1, nr. 4, del r.d. 26 giugno 1924, nr. 1054, che riproduceva l’art. 23 del previgente r.d. 17 agosto 1907, nr. 638. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. anche M. SANINO, *op. cit.,* 6-7, il quale osserva come il giudizio di ottemperanza sia stato concepito dal legislatore del 1889, all’atto dell’istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, come il punto di congiunzione tra giudice (ordinario) e amministrazione, al fine di assicurare la coercibilità delle sentenze rese nei confronti della p.a. all’esito di un giudizio in cui il giudice non disponeva di strumenti di intervento diretto sugli atti amministrativi, giusta la rigida interpretazione del principio di separazione tra i poteri. Più avanti, l’A. osserva anche che non fu immediata la consapevolezza della natura pur sempre giurisdizionale della cognizione estesa al merito esercitata dal giudice in sede di ottemperanza, permanendo in proposito dubbi sciolti solo da un intervento chiarificatore della S.C. nel 1953: cfr. Cass. civ., sez. un., 8 luglio 1953, nr. 2157, in seguito confermata da Cass. civ., sez. un., 9 marzo 1981, nr. 1299, e 15 luglio 1986, nr. 4568). [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 1994, 316, che vedeva il giudizio amministrativo come partecipe “*della stessa dinamica del potere amministrativo*”, e quindi necessariamente destinato, da un lato, a svolgersi a valle dell’azione propria della p.a. e, dall’altro, a confluire nuovamente in essa, essendo in ogni caso devoluto *in primis* alla p.a. il compito di assicurare l’attuazione del giudicato. [↑](#footnote-ref-13)
14. A tale opinione ha storicamente aderito l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, da ultimo con la nota sentenza n. 2 del 15 gennaio 2013, in cui è rinvenibile la più articolata e completa ricostruzione del carattere “polisemico” del giudizio di ottemperanza. [↑](#footnote-ref-14)
15. La tesi della natura mista del giudizio di ottemperanza si deve a M. NIGRO, *op. cit.* Cfr. anche c. calabrò, *Il giudizio amministrativo per l’ottemperanza,* in *Enc. giur.,* vol. XV, agg. 2003. [↑](#footnote-ref-15)
16. In questo senso, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento,* in *Studi per il centenario della Quarta Sezione,* Roma, 1989. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. S. GIACCHETTI, *Il giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa, relazione al Convegno per l’anniversario dell’istituzione del C.G.A.,* 1988, vol. II. Più di recente, si veda B. LUBRANO, *Il giudizio di ottemperanza,* in *Giurisprudenza amministrativa 2009,* a cura di R. Chieppa e V. Lopilato, Milano, 2009. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sul carattere in ogni caso dirompente dell’introduzione delle previsione espressa della nullità per violazione o elusione del giudicato, accompagnata da quella della giurisdizione amministrativa esclusiva per le relative controversie, cfr. M. SANINO, *op. cit.,* 228 ss. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. R. VILLATA, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Per un esame di tale configurazione dell’interesse legittimo, anche in un’ottica comparativa con le altre opinioni storicamente emerse in dottrina, il rinvio è al fondamentale lavoro di F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria,* Torino, 2017, *passim* e 412 ss.. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cfr. F. MANGANARO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-21)
22. Il corollario di tale impostazione era che gli eventuali nuovi provvedimenti adottati dall’amministrazione successivamente al giudicato dovessero essere in ogni caso impugnati nella sede ordinaria di cognizione. Cfr. M. SANINO, *op. cit.,* 224 ss. (con richiami di giurisprudenza dell’epoca). [↑](#footnote-ref-22)
23. La prima storica decisione che aprì a tale possibilità fu Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr. F. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.,* 2016, 4, 1025 ss. [↑](#footnote-ref-24)
25. In tal senso, F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* Milano, 1969. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. anche V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino, 2003, 597 ss., il quale distingueva un effetto “*demolitorio*” (eliminazione dal mondo del diritto del provvedimento impugnato), un effetto “*preclusivo*” (impossibilità per la p.a. di reiterare pedissequamente i vizi positivamente accertati dal giudice) e un effetto “*ordinatorio*” (necessità di rideterminarsi sul rapporto giuridico controverso in conformità alle statuizioni giudiziali). [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. F. SATTA, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Si può notare, altresì, che i diversi effetti delle sentenze sono connessi all’atteggiarsi della situazione di interesse legittimo dedotta in giudizio dal ricorrente: la sentenze autoesecutive sono tipiche dei giudizi afferenti a interessi cc.dd. oppositivi, mentre in caso di interessi cc.dd. pretensivi occorre una nuova attività della p.a. Sul punto, cfr. M. SANINO, *op. cit.,* 61. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cfr. M. DI LULLO, *Riedizione del potere, violazione ed elusione del giudicato, giudizio di ottemperanza,* in *Dir. proc. amm.,* 2017, 4, 1517 ss., il quale evidenzia come la previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva, malgrado i dubbi che ha inizialmente ingenerato negli interpreti, non esclude affatto che anche in queste particolari ipotesi la cognizione del giudice dell’ottemperanza resti comunque estesa anche al merito, come in tutti gli altri casi. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, nr. 4604; id., 3 giugno 2015, nr. 2732; id., 13 maggio 2014, nr. 2449; id., sez. IV, 14 maggio 2015, nr. 2450; id., 20 marzo 2015, nr. 1511; id., sez. VI, 13 febbraio 2013, nr. 899. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ancora aperta è la questione se l’ottemperanza, oltre a essere la sede “naturale” dell’accertamento della nullità per violazione o elusione del giudicato, ne sia anche la sede esclusiva, in modo da escludere che tali vizi possano essere fatti valere mediante un’autonoma azione di accertamento dinanzi al giudice della cognizione. Secondo la dottrina, tale evenienza non sarebbe preclusa dalla attuale disciplina: cfr. N. Paolantonio, *Commento all’art. 31 c.p.a. - azione di nullità,* in AA.VV., *Codice della Giustizia Amministrativa,* a cura di G. Morbidelli, Milano, 2014, 494 ss; E. Follieri, *L’azione di nullità dell’atto amministrativo,* in *www,giustamm.it,* 2012. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sul punto, cfr. N. SPADARO, *Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza,* in *Foro amm. CdS,* 2013, 7-8, 1864 ss.. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cfr. M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele,* in *Giorn. dir. amm.,* nr. 11/2010, 1121 ss.; M. LIPARI, *L’effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza,* in *Atti del LVI Convegno di Studi di scienza dell’amministrazione (Varenna 23-25 settembre 2010)*, cit., 100 ss. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cfr. M. DI LULLO, *op. cit.,* il quale sottolinea il rischio che una siffatta dilatazione del sindacato di merito del giudice amministrativo in sede di ottemperanza possa aumentare esponenzialmente le possibilità di intervento della Corte di cassazione *ex* art. 111, ult. co., Cost., per reale o supposto “*eccesso di potere giurisdizionale*”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Sul punto, si rinvia in termini più generali a R. GRECO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-35)
36. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L’azione di condanna al facere,* in *Dir. proc. amm.,* 2013, 3, 617 ss.. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ribaltando la prospettiva, si potrebbe dire che dopo il giudicato favorevole il ricorrente non è più un *quisque de populo,* sia pure titolare di una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata da quella della generalità dei consociati per l’essere stato destinatario dell’azione della p.a., ma ha acquisito una situazione soggettiva ancor più pregnante, qualificata dall’intervenuta decisione del giudice. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cfr. P. CARPENTIERI, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-38)
39. D.lgs. 15 novembre 2011, nr. 195. [↑](#footnote-ref-39)
40. Sent. nr. 2/2013, cit. [↑](#footnote-ref-40)
41. Al riguardo, cfr. M. DI LULLO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-41)
42. Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, nr. 1018; id., 12 giugno 2013, nr. 3259; id., 4 marzo 2011, nr. 1415; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2010, nr. 633. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cfr. F. FRANCARIO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-43)
44. Cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2009, nr. 2023; id., 27 dicembre 2006, nr. 7816. [↑](#footnote-ref-44)
45. Peraltro, taluno ritiene che la regola del dedotto e del deducibile si riespanda, e torni a essere pienamente applicabile, per la parte che abbia conseguito una pronuncia di rigetto, alla quale sarebbe precluso – indipendentemente dall’avvenuto spirare o meno del termine decadenziale – dedurre nuove censure non articolate con l’impugnazione originaria: cfr. V. LOPILATO, *Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza,* in *www.giustizia-amministrativa.it* (2013). [↑](#footnote-ref-45)
46. Sul punto, si è registrato l’importante intervento dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha fissato i “paletti” della praticabilità dell’assorbimento: cfr. sent. 27 aprile 2015, nr. 5. [↑](#footnote-ref-46)
47. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2008, nr. 4288. [↑](#footnote-ref-47)
48. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 marzo 2013, nr. 1473. In termini, Cons. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2013, nr. 6212; id., 22 gennaio 2013, nr. 356; id., sez. V, 6 settembre 2012, nr. 4736; id., sez. III, 28 maggio 2012, nr. 3111; id., sez. IV, 31 marzo 2012, nr. 1895; id., sez. III, 6 marzo 2012, nr. 1265; id., sez. V, 2 febbraio 2010, nr. 438. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cfr. F. FRANCARIO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Cfr. F. FRANCARIO, *op. cit.* (con ampi richiami di giurisprudenza sul punto). [↑](#footnote-ref-50)
51. Cfr. F. FRANCARIO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-51)
52. Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull’attività della Giustizia amministrativa e Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato,* Roma, 2019, 8 ss.. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cfr. F. MANGANARO, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-53)
54. A. Police, *Sindacato di merito e “sostituzione” della pubblica amministrazione,* in F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” dell’amministrazione, Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011,* Milano, 2013, 53 ss.. [↑](#footnote-ref-54)