

Il giudizio di ottemperanza dinanzi agli effetti della illegittimità costituzionale: la violazione "in astratto" del giudicato

(nota a Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363) *

di

Nicola Pignatelli

Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali Università di Pisa
pubblicato sul sito il 26 aprile 2011

1. Il Consiglio di Stato (IV sezione, Est. Poli) con la sentenza 30 novembre 2010, n. 8363 torna ad occuparsi, con rigore scientifico ancor prima che processuale, dei rapporti tra giudizio amministrativo ed effetti della illegittimità costituzionale, dopo una recente pronuncia della VI sezione (Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, in *Foro it.*, 2010, III, 77, Est. Buonvino) che ha rappresentato uno sforzo giurisprudenziale di sintesi concettuale di tale problematica¹, assunto a riferimento anche dai Giudici della IV Sezione nella propria trama motivazionale. Tuttavia la decisione in commento, oltre ad effettuare una ricognizione sintetica di una serie di regole aderenti al rapporto tra sindacato di costituzionalità e giudizio amministrativo impugnatorio ("sull'atto"), ne afferma altre "speciali" relative al rapporto tra sindacato di costituzionalità e giudizio amministrativo di ottemperanza, rispetto alle quali può dirsi essere la prima decisione che affronta in modo sistematico la problematica.

2. Nel caso di specie le ricorrenti avevano inizialmente ottenuto (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830) l'accertamento della illegittimità della procedura ablatoria condotta dal Comune di Roma su alcuni terreni. Più specificatamente era stato accertato come l'occupazione da parte dell'Amministrazione fosse stata posta in essere *sine titulo*, come le ricorrenti fossero ancora proprietarie delle aree e ad esse dovesse essere riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni patiti. Quanto a quest'ultimo profilo, la pronuncia aveva rimesso al Comune, in una logica graduata, (1) la possibilità di restituire i suoli occupati oltre al risarcimento del danno per la mancata utilizzazione dei beni o (2) la possibilità di adottare un provvedimento "sanante" nella logica acquisitiva prevista dall'art. 43 DPR n. 327/2001, oltre al risarcimento del danno, preannunciando (3), in costanza di inerzia della resistente, la nomina di un commissario *ad acta*.

Il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8528), a seguito dell'attivazione del giudizio di ottemperanza, ha accertato la mancata esecuzione da parte del Comune del giudicato sia sotto il profilo della omessa stipulazione di un atto transattivo (1) sia sotto il profilo della mancata emanazione di un provvedimento "sanante" (2), ritenendo irrilevante ("irrituale") un provvedimento comunale adottato ai sensi dell'art. 43 cit., perché depositato successivamente alla camera di consiglio e comunque *prima facie* non soddisfacente delle pretese delle ricorrenti; è stato pertanto nominato il commissario *ad acta* (3).

Successivamente al deposito della relazione del commissario ed in pendenza del giudizio di ottemperanza è sopravvenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale (per eccesso di delega *ex art. 76 Cost.*) proprio dell'art. 43 DPR n. 327/2001, ossia di una norma sulla "attribuzione" di un potere amministrativo (e non sulla mera regolazione del "procedimento" di esercizio del potere).

* Il presente articolo è pubblicato in *Il Foro italiano*, 2011, III, 96 ss.

¹ Su questa pronuncia sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Gli effetti della illegittimità costituzionale "nei limiti" dei motivi di impugnazione del provvedimento amministrativo: le regole processuali del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2010, III, 77 ss.

3. Alla luce di tale sopravvenienza i Giudici della IV sezione affermano la necessità, come regola pregiudiziale, di ricostruire l'impatto della suddetta dichiarazione di illegittimità costituzionale sul giudizio amministrativo in riferimento a due variabili: 1) in riferimento alla natura della *norma* oggetto della dichiarazione di incostituzionalità (attributiva o procedimentale); 2) in riferimento alla natura del giudizio amministrativo pendente (impugnatorio-demolitorio o accertativo dell'inadempimento).

In questa logica la pronuncia in commento, confermando il tentativo di sistematizzazione del magma giurisprudenziale prospettato in altra sede², sintetizza in modo assai chiaro le (ulteriori) regole processuali emerse tortuosamente a partire dalla Adunanza Plenaria 8 aprile 1963 n. 8 in relazione al modello processuale impugnatorio: a) il provvedimento adottato in carenza assoluta di potere (*rectius*, "difetto assoluto di attribuzione" ex art. 21 *septies* l. n. 241/1990) è nullo; b) le sentenze di illegittimità costituzionale producono effetto retroattivi, fatto salvo il muro che incontrano dinanzi ai rapporti esauriti, tra i quali è riconducibile la decadenza (sia per la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo sia per la mancata tempestiva proposizione di un singolo motivo di impugnazione avente ad oggetto la norma successivamente dichiarata incostituzionale); c) il provvedimento emanato in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale genera una invalidità "sopravvenuta" o "derivata"; d) la illegittimità costituzionale di una norma *attributiva* del potere legittima il giudice all'annullamento *ex officio* del provvedimento ritualmente impugnato (ossia indipendentemente da uno specifico motivo di ricorso con cui far valere la illegittimità della norma sulla base della quale è stato adottato il provvedimento o indipendentemente dalla mera evocazione tra i motivi di ricorso di tale norma quale parametro di legittimità), mentre la illegittimità costituzionale di una norma sul *quomodo* di esercizio del potere legittima il giudice all'annullamento del provvedimento soltanto qualora il ricorrente abbia articolato uno specifico motivo relativo alla illegittimità costituzionale della norma o *almeno* qualora abbia utilizzato tale norma come parametro di legittimità nei motivi di ricorso, pur non rilevandone espressamente la incostituzionalità; e) la pronuncia in modo trasparente non prende posizione sulla qualificazione in termini di "nullità" della dichiarazione di incostituzionalità di una norma *attributiva* del potere (diversamente da Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, in *Foro it.*, 2010, III, 77, Est. Buonvino), non essendo rilevante ai fini della definizione del giudizio.

Tuttavia, fermi questi assunti, dalla trama motivazionale emerge chiaramente la necessità di porre un *discrimen* tra le regole applicabili ai rapporti tra illegittimità costituzionale e giudizio amministrativo impugnatorio e quelle applicabili ai rapporti tra illegittimità costituzionale e giudizio amministrativo di ottemperanza, come nella fattispecie decisa.

Più specificatamente, pur essendo rilevata la natura *attributiva* della norma oggetto della sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale, si afferma la irrilevanza rispetto al *thema decidendum* della individuazione dello specifico regime processuale relativo a tale invalidità derivata (non qualificata come nullità o annullabilità). Tale irrilevanza è fondata sul presupposto secondo il quale il giudizio di ottemperanza attivato e proseguito dopo l'emanazione di un provvedimento in asserita esecuzione del giudicato stesso (ossia dopo l'emanazione del suddetto provvedimento comunale ex art. 43 cit. "tardivo") è strutturalmente congegnato come esercizio di una azione di accertamento di nullità per violazione del giudicato (art. 21 *septies* l.n. 241/1990); tale *causa petendi* "non muta" al sopraggiungere di una invalidità derivata: "una volta contestato un provvedimento, asseritamente violativo del giudicato, intervenuto nel corso del giudizio di ottemperanza sotto il profilo della sua invalidità sopravvenuta, il giudice, quale che sia la natura della patologia invalidante, deve rimuoverlo con effetti *ex tunc*".

In questa logica la invalidità derivata, a seguito della illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere, che inficia il provvedimento adottato in asserita violazione del giudicato può essere tutt'al più l' "occasione" che immette il provvedimento nel *thema decidendum*, legittimando il giudice a rilevarne il contrasto con il giudicato.

4. Tale pronuncia permette di articolare alcune osservazioni sullo specifico rapporto tra illegittimità costituzionale e giudizio di accertamento dell'inadempimento.

² Sia consentito rilevare come la pronuncia in epigrafe confermi quanto sostenuto in N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008, 19 ss.

In primo luogo non può negarsi come la fattispecie decisa rappresenti un caso *peculiare* dei rapporti fisiologici tra sindacato di costituzionalità e giudizio di ottemperanza, in relazione ai quali sembra utile richiamare la pregiudiziale problematica del sollevamento della questione di costituzionalità in tale sede (fase "ascendente"), la cui definizione permette in via speculare di ricostruire la incidenza degli effetti della illegittimità costituzionale sui giudizi di ottemperanza pendenti (fase "discendente").

E' noto come in passato siano sorti dubbi sulla natura giurisdizionale del giudizio di ottemperanza, sul presupposto che l'attività del giudice assuma caratteri simili a quelli di una pubblica amministrazione, sostituendosi a questa nello svolgimento del giudicato amministrativo. Tuttavia, per quanto anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia fatto emergere in taluni casi un'accentuazione della natura amministrativa³ e quindi, ai fini del sollevamento di una questione di costituzionalità, una potenziale mancanza della nozione di "giudizio", è evidente come «l'attività giurisdizionale, si sa, è attività sostitutiva e non fa alcuna differenza che la pronuncia del giudice, in questo caso sostituisca il provvedimento amministrativo e debba poi valere, nel corso dell'azione amministrativa, "al posto" di quello: la pronuncia avrà sempre la forza e gli effetti della pronuncia giudiziale»⁴. L'ottemperanza del giudicato peraltro può non risolversi in una mera esecuzione del contenuto della sentenza, come quando sia desumibile una regola univoca e una soluzione definitiva, potendo rendersi necessaria una attività di piena valutazione e decisione del giudice, ossia una attività di cognizione.

Potrebbe così sostenersi che tale riconoscimento della ampiezza cognitiva del giudice nel giudizio di ottemperanza e con esso delle norme applicabili determini un ampliamento anche del potere di attivazione del giudizio costituzionale. In questa logica in una delle poche ordinanze di rinvio in cui è stata affrontata la generale problematica del rapporto tra natura del giudizio di ottemperanza e sindacato di costituzionalità, in un prevalente vuoto giurisprudenziale (sia costituzionale che amministrativo), il Tar delle Marche ha affermato espressamente come la sede dell'ottemperanza sia qualificabile come «giudizio»: «*costituendo tale giudizio un procedimento cognitorio oltre che esecutivo secondo il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, non sembra dubbio che possa utilmente proporsi una questione di costituzionalità pure nella suddetta fase procedimentale di natura giurisdizionale, essendo il giudice chiamato non solo ad esaminare mere misure attuative del giudicato ma anche ad estendere la propria cognizione all'avvenuto rispetto di ben determinate regole di rito ed al ricorrere delle condizioni soggettive ed oggettive necessarie per l'espletamento dell'azione di cui trattasi (...) nonché alla fondatezza della pretesa azionata*»⁵.

Tuttavia questa affermazione, appare troppo generosa, facendo *coincidere* in sede di ottemperanza lo spazio dei poteri di cognizione con quelli di sollevamento della questione di costituzionalità. Deve affermarsi, infatti, come la "rilevanza" (art. 23 l. n. 87/1953) della questione di costituzionalità trovi nel presupposto necessario dell'ottemperanza, ossia nel giudicato, il proprio limite strutturale, visto che risulta irrilevante perché *non influente* sul giudizio *a quo* un dubbio di legittimità costituzionale sollevato su una norma, pur nei limiti propri dei motivi del ricorso o nei limiti delle norme applicate dal giudice nella sua (eventuale) attività di cognizione. La forza naturale del giudicato è motivo della irrilevanza di un dubbio di legittimità costituzionale sollevato su una norma applicata ai fini del *decisum*, posto che una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della suddetta norma sarebbe del tutto inutile (per le sorti del giudizio comune) dinanzi alla resistenza del giudicato. L'attivazione del sindacato incidentale incontra nel giudizio di ottemperanza il limite invalicabile dei rapporti esauriti (perché già giudicati) alla retroazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità *ex art. 136 Cost.*; può parlarsi in definitiva di una *irrilevanza istituzionale*, derivante non dalla natura delle *norme* (come per alcune tipologie di leggi, come quelle elettorali, rispetto alle quali si parla di "zone franche" del sindacato costituzionale) ma dalla natura del *giudizio*.

Tale limitazione strutturale connessa al modello processuale è provata in modo oggettivo, sotto il profilo *quantitativo*, dall'esiguo numero di pronunce rese su dubbi di legittimità costituzionale sollevati in

³ Cons. St., Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, in *Cons. St.*, 1978, 49 ss.

⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 321. La natura giurisdizionale è pacifica anche per la giurisprudenza costituzionale. Assai eloquenti appaiono in tal senso le pronunce di Corte cost., nn. 100/2000; 441/2005.

⁵ Tar Marche, 14 novembre 1985, n. 354, in *Trib. amm. reg.*, 1986, I, 257.

sede di ottemperanza (10 dal 1956)⁶ nonché, sotto il profilo *qualitativo*, dalla peculiare tipologia delle questioni sollevate. Si tratta, infatti, soltanto di questioni (a) relative a presupposti processuali connessi allo svolgimento del giudizio di ottemperanza e (b) strumentali alla tutela dello stesso giudicato, che si vorrebbe ottemperato e che invece rischia, ad impressione del giudice *a quo*, di essere eluso o ostacolato da una norma sopravvenuta. Per queste due tipologie di questioni risulta rispettato il requisito della "rilevanza", quale presupposto necessario dell'attivazione del giudizio costituzionale in via incidentale (art. 23 l. n. 87/1953).

Ciò posto, quanto alla fase "discendente", l'impatto di una pronuncia di illegittimità costituzionale su un giudizio di ottemperanza pendente si manifesta, in una logica parallela, nei medesimi "limiti" sopra indagati, così che il giudice amministrativo può dirsi legittimato a dare seguito ad una dichiarazione di incostituzionalità (provocata in altro giudizio) soltanto nella ipotesi in cui oggetto della sentenza della Corte sia una norma "sul processo" o una norma surrettiziamente "elusiva" del giudicato.

Nel caso deciso dalla pronuncia in epigrafe si innesta nel rapporto bilatero "giudicato-illegittimità costituzionale", come sopra ricostruito, un ulteriore elemento di complessità, ossia un provvedimento connesso ad entrambi gli elementi (perché in asserito contrasto con il primo ed adottato in violazione di una norma oggetto del secondo). Tuttavia il Consiglio di Stato sembra aver affermato una sorta di "assorbimento" del vizio di illegittimità sopravvenuta a seguito della sentenza della Corte costituzionale "in seno" alla violazione del giudicato; in altre parole, partendo dal presupposto che un giudizio di ottemperanza introdotto e proseguito dopo l'emanazione di un provvedimento in asserita violazione del giudicato abbia la propria naturale *causa petendi* nell'accertamento della nullità per violazione del giudicato stesso, ha rilevato come tale *causa petendi* non muti anche qualora si deduca un vizio di invalidità derivata del medesimo provvedimento. In questa logica sembra di poter dire che la violazione del giudicato sia integrata non *in concreto* sotto il profilo dell'effettivo inadempimento rispetto ad esso ma sotto il peculiare profilo della mancanza del potere del provvedimento che si asserisce essere in contrasto con esso, posto che la carenza assoluta di potere inibisce al giudice di procedere alla valutazione *in concreto* dell'inadempimento.

Può così parlarsi di una sorta di violazione *in astratto* del giudicato. Il Consiglio di Stato riconosce una "pregiudizialità" logica; il primo vizio (la violazione del giudicato) assorbe il secondo (il difetto assoluto di attribuzione), tanto da esimere il giudice dal qualificare il secondo in termini di annullabilità o nullità, fino a renderlo una figura speciale di sé.

Anche qualora si accedesse alla tesi secondo la quale la dichiarazione di incostituzionalità di una norma "attributiva" genera una ipotesi di nullità (art. 21 *septies* l. n. 241/1990), non potrebbe concludersi che il Consiglio di Stato abbia fissato una sorta di gerarchia interna allo stesso art. 21 *septies* l. n. 241/1990, ritenendo prevalente una figura di nullità (la violazione del giudicato) su una altra (il difetto assoluto di attribuzione). In realtà tale prevalenza deve essere considerata come un corollario diretto della sede processuale in cui è stata formulata, ossia il giudizio di ottemperanza, che ha nel *giudicato* il suo perno e che vede in esso il dispiegarsi del solo potere di accertamento della nullità (e non anche del potere di annullamento aderente alla cognizione ordinaria).

Peraltro, proprio in relazione alla qualificazione del vizio relativo ai provvedimenti adottati sulla base di una norma "attributiva" dichiara incostituzionale, crediamo di poter valorizzare quello che la pronuncia "non dice". I Giudici della IV sezione, infatti, per quanto alla luce della propria coerente motivazione affermino la irrilevanza della definizione della natura del suddetto vizio, sembrano lasciar trasparire una sorta di critica implicita o comunque una non adesione alla qualificazione in termini di nullità espressa da Cons. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, cit., 77 ss., confermando la giurisprudenza amministrativa maggioritaria sviluppatasi sino ad ora, la quale ha sempre ritenuto applicabile il solo regime della annullabilità (sia in riferimento alle norme "attributive" del potere sia in riferimento alle norme "procedimentali").

In una diversa logica potrebbe anche sostenersi che la suddetta "pregiudizialità" (della violazione del giudicato rispetto al difetto assoluto di attribuzione per illegittimità costituzionale) debba essere

⁶ Cfr. Corte cost., nn. 364/2007; 100/2006; 441/2005; 226/2002; 406/1998; 40/1995; 269/1994; 1050/188; 395/1988; 123/1987; 246/1983.

sovvertita sul presupposto che la violazione di un giudicato presuppone l'esercizio di un potere in contrasto con esso, così che la carenza assoluta di potere, a seguito della illegittimità costituzionale, dovrebbe ritenersi sempre "pregiudiziale", perché genetica, rispetto al successivo contrasto con un elemento esterno al potere (il giudicato), che attiene non alla nascita del potere ma alla sua vita. Questo assunto, però, presuppone ciò che la IV Sezione sconfessa, alla luce dell'impianto del Codice, ossia che al giudice dell'ottemperanza sia riconosciuta una cognizione piena su qualsiasi atto successivo al giudicato.

Può così concludersi come dalla pronuncia in epigrafe possa trarsi una ulteriore ipotesi (c), rispetto a quelle viste sopra (a, b) ossia quella della *rilevanza* in sede di giudizio di ottemperanza dei dubbi di legittimità costituzionale e specularmente di una sopravvenuta pronuncia di illegittimità costituzionale della norma "attributiva" del potere sulla base del quale è stato adottato il provvedimento asserito in violazione del giudicato. Sotto questo specifico profilo può dirsi che nel giudizio di ottemperanza, anche quando vengano in rilievo attività meramente esecutive (e non cognitive), rimanga vivo il potere di attivazione del sindacato costituzionale.

In ogni caso risulta evidente come la presenza del giudicato alteri, rendendola "speciale", la normale interazione tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale.

NICOLA PIGNATELLI