

Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza^{1[1]}

di

Vincenzo Lopilato

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario. 1. Premessa. 2. Azione di annullamento, potere discrezionale e regime giuridico dell'attività dell'amministrazione successiva al giudicato. 2.1. *Segue*: regime giuridico degli atti del commissario. 3. Azione di annullamento, azione di adempimento, potere vincolato ed esclusività del giudizio di ottemperanza. 4. Azione di accertamento e azione di nullità: cenni. 5. Azione avverso il silenzio, obbligo di provvedere e natura degli atti del commissario ad acta. 6. Azione di risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza. 7. La natura giuridica del giudizio di ottemperanza. 8. Conclusioni.

1. Premessa.

La questione di cui intendo occuparmi attiene al rapporto tra esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza^{2[2]}.

L'individuazione delle modalità di regolazione del predetto rapporto – fermo restando la imprescindibile valutazione delle fattispecie concrete – deve avere presente, quale criterio di analisi, la tipologia di azione di cognizione esercitata e, nell'ambito di talune azioni, della natura del potere pubblico e del vizio fatto valere.

Questa indagine è finalizzata a valutare anche quale sia, dopo il codice, la natura del giudizio di ottemperanza. L'esatta qualificazione giuridica di tale giudizio non costituisce una questione meramente teorica: essa, a sua volta, è funzionale ad interpretare le norme del codice stesso che presentano un contenuto di non univoca lettura.

2. Azione di annullamento, potere discrezionale e regime giuridico dell'attività dell'amministrazione successiva al giudicato.

L'azione di annullamento rimane l'azione principale del processo amministrativo. Nel caso in cui con essa si contesta l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione il principio di separazione dei poteri, quale risultante dal sistema costituzionale della giustizia amministrativa^{3[3]}, impedisce al giudice amministrativo di sindacare, in sede di legittimità, questioni di merito che rientrano nella sfera di esclusiva spettanza dell'autorità

^{1[1]} Il testo riprende la relazione tenuta all'incontro di studio «*Il Processo amministrativo nella giurisprudenza*», che si è svolto presso il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, il 3 ottobre 2012. Una versione più estesa è in corso di pubblicazione nella rivista il *Nuovo diritto amministrativo*, n. 1, 2013, edizione Dike.

^{2[2]} La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 5 aprile 2012, n. 2024, ha rimesso la decisione in ordine a tale questione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

^{3[3]} P. DE LISE, *La giustizia amministrativa tra tradizione e modernità*, in A.A.V.V., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, XXVI.

pubblica. L'accertamento del rapporto, in questi casi, potrà non essere pieno e, conseguentemente, la regola giudiziale è normalmente una regola incompleta^{4[4]}.

La questione che rileva in questa sede attiene, come già sottolineato, all'individuazione del regime giuridico cui è sottoposta l'attività amministrativa successiva al passaggio in giudicato della sentenza di cognizione^{5[5]}.

E' necessario distinguere la fattispecie in cui l'amministrazione pone in essere un comportamento attivo da quella in cui la stessa è inerte.

Con riguardo al primo caso, il codice ha previsto che gli atti di violazione o elusione del giudicato sono nulli e la relativa azione di nullità si propone esclusivamente innanzi al giudice dell'ottemperanza. Si tratta di una azione esecutiva: essa, infatti, non è sottoposta, per espressa previsione legislativa (art. 31, comma 2), al regime giuridico dell'azione cognitoria di nullità e, in particolare, al rispetto del termine perentorio di centottanta giorni^{6[6]}.

Il codice non ha disciplinato, invece, il regime cui è sottoposta l'attività dell'amministrazione non coperta dal giudicato^{7[7]}.

Si potrebbe ritenere che – in ossequio al principio di concentrazione delle forme di tutela e, più ampiamente, del giusto processo – anche tale attività si contesti in sede di giudizio di ottemperanza. Se così fosse la regola generale dovrebbe essere che tutto ciò che avviene dopo la sentenza di cognizione può essere oggetto di reclamo innanzi al giudice dell'ottemperanza. In questa ottica l'attribuzione al processo di ottemperanza della natura di giurisdizione estesa al merito implicherebbe che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione in relazione a “tutta” l'attività amministrativa necessaria per definire

^{4[4]} G. CORAGGIO, *Il codice del processo amministrativo tra interesse pubblico e interesse privato*, in A.A.V.V., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., sottolinea come, per quanto la cognizione piena del fatto, l'applicazione dei parametri della ragionevolezza e della proporzionalità consentano un controllo “interno” del potere, «uno spazio, e non marginale, di discrezionalità permante, e là dove esiste si frappone alla possibilità di accordare alla pretesa del privato la tutela piena propria della situazione di diritto perfetto».

^{5[5]} Un consistente orientamento giurisprudenziale, formatosi prima del codice, riteneva che in questi casi, non avendo il giudicato esaurito il potere discrezionale dell'amministrazione, gli atti ad esso successivi, adottati dalla stessa amministrazione ovvero dal commissario ad acta, avrebbero dovuto essere impugnati con un'azione di cognizione (tra gli altri, Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 1999, n. 183). Per l'illustrazione anche degli altri orientamenti giurisprudenziali, anteriori al codice, v. A. TRAVI, *L'esecuzione delle sentenze*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, spec. 4637 e ss.

^{6[6]} La formulazione letterale dell'art. 114, comma 4 – il giudice «dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato» – conduce, invero, a ritenere che è possibile dichiarare la nullità degli atti di violazione o elusione del giudicato anche d'ufficio e, dunque, in mancanza della proposizione di una formale azione.

^{7[7]} Il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile è riferito esclusivamente alla posizione della parte che ottiene una sentenza di rigetto: alla stessa è precluso indicare nuovi elementi o nuove eccezioni non dedotti con la prima azione. Tale principio non può valere anche per l'azione futura dell'amministrazione.

la vicenda controversa, inclusa quella che non è stata oggetto di accertamento giudiziale con la sentenza passata in giudicato.

Questa opzione interpretativa non è condivisibile.

In primo luogo, perché significherebbe violare il principio costituzionale di separazione dei poteri: le scelte di opportunità non sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità diventerebbero sindacabili, senza una definizione certa delle materie e dunque in qualunque ambito, in sede di giurisdizione di ottemperanza.

In secondo luogo, perché verrebbe scardinato il principio del doppio grado di giudizio, in quanto il giudizio di ottemperanza si svolge, come è noto, in unico grado innanzi al Consiglio di Stato quando la sentenza di primo grado è riformata ovvero è confermata ma con motivazione diversa (art. 113, comma 1, cod. proc. amm.). Tale principio, ancorché non abbia valenza costituzionale^{8[8]}, costituisce un vincolante criterio interpretativo delle disposizioni che si prestano a plurime interpretazioni.

La ricostruzione preferibile, pertanto, è quella che configura un doppio binario.

L'attività amministrativa coperta dal giudicato deve uniformarsi alle regole giudiziali, con competenza del giudice dell'ottemperanza, quella lasciata libera deve uniformarsi, in ossequio al principio di legalità, alle regole di diritto di disciplina dell'attività stessa, con competenza del giudice della cognizione. Si realizza, dunque, una concorrenza di regole legali e giudiziali^{9[9]} ed una possibile concorrenza di processi. E' evidente che tale distinzione, chiara sul piano teorico, può diventare, in ragione della unitarietà dell'azione amministrativa, complessa sul piano applicativo con una possibile sovrapposizione tra le regole stesse.

L'ampiezza degli spazi di cognizione e di esecuzione è, poi, strettamente correlata alla natura del vizio fatto valere. L'annullamento di un atto per un vizio formale invalidante, senza che il giudizio si estenda all'assetto sostanziale degli interessi, implica che lo spazio successivo sarà occupato, in misura più estesa, dalle regole legali e dunque dal giudizio di

^{8[8]} La Consulta ha chiarito che l'art. 125, comma secondo, della Costituzione, prevedendo, nella Regione, l'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado, ha costituzionalizzato il principio che vieta di «attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, e, quindi, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli organi locali della giustizia amministrativa». La stessa Consulta ha aggiunto che «solo in tal senso assume rilevanza costituzionale» il principio del doppio grado di giudizio, «non potendo, l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado» (ordinanza n. 395 del 1988; sentenza n. 8 del 1982; da ultimo sentenza n. 108 del 2009).

^{9[9]} Questa distinzione rileva anche sul piano dell'incidenza dello *ius supervenies*: la normativa sopravvenuta, in via di principio e salvo eccezioni, può incidere sulle regole legali, realizzando una successione cronologica di leggi, e non sulle regole giudiziali (si veda Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569).

cognizione. L'annullamento per un vizio sostanziale comporta, specularmente, la prevalenza delle regole giudiziali e dunque del giudizio di ottemperanza.

Seguendo questa ricostruzione la qualificazione del giudizio di ottemperanza come giurisdizione estesa al merito significa che è consentito al giudice sostituirsi all'amministrazione inadempiente ma nei limiti del tracciato delineato dal giudicato.

La possibilità per l'autorità pubblica di riesercitare il potere lasciato libero dal giudicato non autorizza, però, una illimitata protrazione della vicenda controversa mediante la parcellizzazione delle risposte amministrative. La giurisprudenza amministrativa ha avuto più volte modo di affermare che l'indicazione di nuove ragioni ostative al soddisfacimento della pretesa azionata possono essere fatte valere una sola volta dopo il giudicato. L'adozione di un ulteriore provvedimento negativo per il privato può, pertanto, essere oggetto di reclamo innanzi al giudice dell'ottemperanza^{10[10]}.

Questo orientamento è condivisibile con le seguenti puntualizzazioni.

La contestazione degli ulteriori atti in sede di ottemperanza è possibile esclusivamente nel caso in cui, dall'analisi complessiva della fattispecie, risulti la volontà dell'amministrazione di eludere la regola giudiziale. Non è, dunque, sufficiente il mero dato rappresentato dal numero degli atti adottati ma è necessario stabilire se, dalla lettura coordinata degli stessi, sia possibile ricostruire un disegno complessivo dell'amministrazione volto a perseguire, anche se indirettamente, esiti corrispondenti a quelli ritenuti illegittimi con il giudicato.

Si potrebbe, invero, anche ritenere che, superata la soglia indicata dalla giurisprudenza amministrativa^{11[11]}, il suddetto disegno si debba presumere esistente. In questa prospettiva ulteriori provvedimenti negativi per il privato possono ritenersi non elusivi, e in quanto tali impugnabili in sede di giudizio di cognizione ordinaria, soltanto quando risultino sopravvenienze di fatto o di diritto^{12[12]} ovvero elementi che non sono stati esaminati per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione.

E' bene chiarire che qualora l'attività della p.a. venga ritenuta elusiva del giudicato il giudice dell'ottemperanza ne dichiara la nullità senza che il sindacato debba estendersi alla valutazione della conformità dell'atto alle regole legali. In altri termini, in questo caso il

^{10[10]} V. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5 aprile 2012, n. 2024, cit., e la giurisprudenza ivi richiamata.

^{11[11]} E' evidente che vi possono essere casi in cui le "nuove" ragioni indicate nel primo provvedimento amministrativo dopo il giudicato siano già indice della volontà elusiva.

^{12[12]} Sulla rilevanza più ampia dello *ius superveniens* quando il giudice amministrativo non ha accertato pienamente il rapporto v. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, cit.

giudice dell'ottemperanza non conosce profili che attengono alla cognizione ma si limita a sindacare il comportamento elusivo dell'amministrazione.

2.1. Segue: regime giuridico degli atti del commissario.

Con riguardo al secondo caso, sopra indicato, che ricorre qualora l'amministrazione rimane inerte, il giudice dell'ottemperanza «può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta», il quale agisce in sostituzione dell'autorità inadempiente (art. 21, cod. proc. amm.)^{13[13]}. Il giudice stesso «conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta» (art. 114, cod. proc. amm.).

L'orientamento interpretativo che sembra prevalente ritiene che, alla luce della formulazione delle norme sopra riportate, l'intera azione del commissario deve essere contestata innanzi al giudice dell'ottemperanza^{14[14]}.

La tesi, a mio avviso, non è del tutto condivisibile.

La necessaria unitarietà dell'azione amministrativa implica che il commissario, una volta nominato per sostituire l'amministrazione inadempiente, dovrà porre in essere “tutta” l'attività richiesta per completare il procedimento amministrativo e adottare la determinazione finale. Questo significa che tale attività sarà per la parte oggetto di accertamento giudiziale coperta dal giudicato e per la parte estranea ad esso disciplinata dalla legge. La ritenuta esclusività della competenza del giudice dell'ottemperanza implicherebbe, dunque, che lo stesso potrebbe conoscere profili che non sono stati oggetto di sindacato giurisdizionale in sede di cognizione, con conseguente violazione dei già enunciati principi di separazione dei poteri e doppio grado del giudizio. Tale violazione è evidente nei casi in cui – in ragione, ad esempio, dell'esistenza di una sentenza di annullamento per un vizio formale ovvero per un vizio sostanziale “limitato” ad un tratto ridotto dell'attività amministrativa – si impone una completa rivisitazione dell'assetto complessivo degli interessi sottesi all'adozione dell'atto finale. Né varrebbe obiettare che, in questo caso, la cognizione estesa al merito sarebbe giustificata dal comportamento inerte dell'amministrazione: non è, infatti, possibile introdurre differenziazioni di regimi processuali dipendenti dal variabile comportamento, attivo o passivo, della pubblica amministrazione.

^{13[13]} L'art. 34 cod. proc. amm. dispone che il commissario ad acta possa essere nominato anche con la sentenza di cognizione.

^{14[14]} Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2011, n. 5391.

Deve, pertanto, ritenersi che il commissario ad acta è un ausiliario del giudice quando agisce per fare “eseguire” il giudicato, con possibilità di reclamo avverso i suoi atti in sede di ottemperanza, ed un organo straordinario dell’amministrazione quando da “attuazione” alla legge, con possibilità di impugnazione della relativa attività in sede di giudizio ordinario.

La soluzione interpretativa proposta rinviene una conferma nella modifica dell’art. 114, comma 6, ad opera del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195, il quale ha previsto che «gli atti emanati dal giudice dell’ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell’art. 29, con il rito ordinario». La ragione giustificativa della disposizione è quella di assicurare una tutela di cognizione piena ai soggetti che non sono stati parte del giudizio che ha condotto all’adozione della sentenza da eseguire. Se, pertanto, non è possibile, per l’operatività dei limiti soggettivi del giudicato, ricondurre nell’ambito del giudizio di ottemperanza questioni che esulano dal perimetro del giudicato stesso, ugualmente non dovrebbe essere possibile, per l’operatività di limiti oggettivi del giudicato tra le parti, che le stesse facciano valere in sede di ottemperanza questioni non oggetto della sentenza di cognizione.

Ulteriore ragione a sostegno di questa ricostruzione è rinvenibile, sul piano generale, nella natura, come si dirà nel prosieguo^{15[15]}, di sola esecuzione del giudizio di ottemperanza.

Seguendo tale interpretazione i citati artt. 21 e 114 devono essere intesi nel senso che la qualificazione del commissario quale ausiliario del giudice e la competenza del giudice dell’ottemperanza a conoscere delle questioni inerenti ai suoi atti valgono soltanto quando il commissario stesso agisce nei limiti definiti dal giudicato.

In definitiva, si realizza anche in questo ambito, una concorrenza di regole legali e giudiziali ed una possibile concorrenza di processi, con rischi di sovrapposizione connessi alle possibili difficoltà di distinzione concreta tra le diverse tipologie di attività.

3. Azione di annullamento, azione di adempimento, potere vincolato ed esclusività del giudizio di ottemperanza.

La proposizione dell’azione di annullamento avente ad oggetto un potere vincolato conduce all’adozione di una sentenza che, contrariamente a quanto avviene in relazione alla fattispecie sopra descritta, copre normalmente tutti i tratti dell’azione amministrativa con un vincolo conformativo pieno sul successivo riesercizio del potere stesso. Questo

^{15[15]} Si v. par. 7.

risultato si produce, sia pure indirettamente, anche nel caso in cui il ricorrente faccia valere soltanto un vizio formale: il giudice amministrativo deve, infatti, comunque accertare, ai fini dell'accoglimento del ricorso, se il contenuto sostanziale del provvedimento sarebbe rimasto invariato anche qualora l'amministrazione avesse rispettato la prescrizione formale (art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990). In altri termini, la sentenza, pur accogliendo il ricorso per una ragione formale, accerta il rapporto anche sul piano sostanziale.

In definitiva, dunque, in questi casi la regola giudiziale è, normalmente, una regola completa, con la conseguenza che tutte le questioni successive al giudicato, essendo coperte da esso, si devono fare valere innanzi al giudice dell'ottemperanza.

L'amministrazione può indicare nuove ragioni che impediscono il soddisfacimento della pretesa azionata dal privato, con competenza del giudizio della cognizione, soltanto nel caso in cui esse si fondano su rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione ovvero su una nuova normativa che non persegue il fine di incidere sull'esercizio della funzione giurisdizionale^{16[16]}. Al di fuori di tali particolari fattispecie, la natura completa dell'accertamento giudiziale comporta che l'adozione di un nuovo provvedimento che contenga statuizioni non esaminate nel processo di cognizione deve ritenersi nullo per violazione del giudicato.

Il decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160, contenente ulteriori disposizioni correttive ed integrative del codice, ha espressamente previsto la possibilità – nei casi in cui l'attività amministrativa sia vincolata ovvero l'amministrazione ha “consumato” nell'ambito del procedimento la discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che devono essere compiuti dall'amministrazione – di proporre, contestualmente all'azione di annullamento, anche l'azione di adempimento all'adozione del provvedimento richiesto (art. 34, comma 1, lettera *c*).

L'utilità pratica della concorrenza di azioni è rappresentata dal fatto che, in questo caso, l'ordine di adottare il provvedimento richiesto, normalmente implicito nella motivazione, questa volta è esplicito dovendo risultare anche nel dispositivo. L'esistenza di tale ordine lascia presupporre un adempimento spontaneo dell'amministrazione. Se, però, l'inadempimento persiste, questa fase sarà disciplinata esclusivamente dalle regole del giudizio di ottemperanza, con l'utilità costituita dalla maggiore semplicità di esecuzione assicurata, si ribadisce, dalla presenza di una condanna diretta ad adottare l'atto richiesto.

^{16[16]} Sulla rilevanza limitata dello *ius superveniens* quando il giudice ha accertato pienamente il rapporto v. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, cit.

4. Azione di accertamento e azione di nullità: cenni.

Proseguendo nell'analisi delle singole azioni, la versione definitiva del codice, come è noto, non ha disciplinato l'azione generale di accertamento del rapporto giuridico contestato. Nondimeno, la giurisprudenza amministrativa^{17[17]} e la dottrina hanno ritenuto che tale azione, essendo «naturale esplicazione del potere giurisdizionale»^{18[18]}, sia ugualmente esercitabile quando non ricorrono i presupposti per la proposizione di altra azione tipica.

E' evidente che – presupponendo l'azione in esame il sindacato pieno sul rapporto in ragione del già avvenuto esercizio del potere pubblico – l'eventuale adozione di un atto amministrativo difforme da parte dell'amministrazione deve ritenersi in contrasto con il giudicato e, quindi, impugnabile in sede di giudizio di ottemperanza. Rimane sempre ferma la possibilità, al fine di radicare la competenza del giudice della cognizione, di assegnare rilevanze a sopravvenienze di fatto o di diritto ovvero a comportamenti non imputabili a negligenza dell'amministrazione.

Il codice ha, invece, disciplinato l'azione di nullità.

Il regime processuale di tale azione è stato costruito, in ragione della previsione del termine perentorio di centottanta giorni per la proposizione dell'azione stessa, sulla falsariga di quello proprio dell'azione di annullamento (art. 31, comma 4).

Le regole di riparto tra esecuzione e cognizione dopo il giudicato seguono, pertanto, i tracciati già indicati: tipologia del potere pubblico esercitato e natura, sostanziale o formale, del vizio di nullità. L'unica particolarità è rappresentata dal fatto che alcune ragioni di nullità dell'atto impediscono, se accertate sussistenti, il riesercizio del potere pubblico: ciò, in particolare, avviene se la nullità viene dichiarata per difetto assoluto di attribuzione dell'autorità pubblica ovvero per mancanza dell'elemento essenziale dell'oggetto stesso dell'azione amministrativa. La reiterazione dell'atto, ovviamente, radicherebbe la competenza del giudice dell'ottemperanza.

5. Azione avverso il silenzio, obbligo di provvedere e natura degli atti del commissario ad acta.

^{17[17]} Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2012, n. 472.

^{18[18]} G. CORAGGIO, *Il codice del processo amministrativo tra interesse pubblico e interesse privato*, in A.A.V.V., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 579.

L'art. 117 disciplina il rito speciale in materia di silenzio e prevede che il giudice conosca di «tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario».

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia concluso il procedimento in un settore caratterizzato da discrezionalità ovvero non abbia consumato la discrezionalità attribuita, il giudice del silenzio, in ossequio al richiamato principio di separazione dei poteri, deve limitarsi a condannare l'amministrazione a provvedere senza che la sentenza possa esaminare il contenuto della pretesa azionata (art. 31, comma 3).

Anche in questo caso si deve distinguere l'ipotesi in cui l'amministrazione pone in essere un comportamento attivo da quella in cui la stessa è inerte.

Nel primo caso, pur nel silenzio del codice, deve ritenersi che se l'amministrazione conclude il procedimento amministrativo con l'adozione del provvedimento lo stesso sarà impugnabile in sede di giudizio di cognizione. La mancanza, infatti, di qualunque vincolo giudiziale, diverso dalla mera condanna ad adempiere, lascia libera l'amministrazione di determinare il contenuto sostanziale del provvedimento con conseguente operatività esclusiva dei vincoli legali. Questa soluzione è guidata dall'esigenza, ancora più netta nella fattispecie in esame, di rispettare il principio di separazione dei poteri. Lo spazio per il giudizio di ottemperanza innanzi allo stesso giudice del silenzio è configurabile soltanto nell'ipotesi, residuale, in cui l'atto adottato, eludendo il giudicato, è meramente interlocutorio e non definisce la vicenda amministrativa.

Nel secondo caso, il giudice, a fronte della persistente inerzia dell'amministrazione, nominerà un commissario ad acta che dovrà provvedere in luogo dell'amministrazione stessa. Gli atti del commissario, non ricevendo anche in questa evenienza alcun vincolo dalla regola giudiziale, devono essere considerati veri e propri provvedimenti amministrativi adottati da un organo straordinario dell'amministrazione che, per il loro innovativo contenuto, dovranno essere impugnati con le azioni di cognizione in sede di giudizio ordinario.

Qualora l'attività amministrativa sia, invece, vincolata o l'amministrazione abbia già esercitato la discrezionalità senza che siano necessari adempimenti istruttori, il giudice del silenzio «può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio» (art. 31, comma 3). L'esistenza, questa volta, di un vincolo pieno sulla successiva attività comporta che la stessa dovrà uniformarsi esclusivamente alla regola giudiziale senza che vi sia spazio, salvo che ricorrano le più volte indicate evenienze particolari, per una eventuale

concorrenza della regola legale. Il giudizio di ottemperanza assume, pertanto, valenza esclusiva.

Il decreto legislativo n. 160 del 2012 ha previsto, modificando l'art. 34, comma 1, lettera c), che, in questo caso, può essere proposta, unitamente all'azione avverso il silenzio, anche l'azione di adempimento. Invero, già prima della modifica era implicito nella natura del giudizio, con cui si fa valere l'inerzia dell'amministrazione, che il sindacato sulla fondatezza della pretesa, se positivo, doveva risolversi in una condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto.

6. Azione di risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza.

Infine, la proposizione, nel termine decadenziale di centoventi giorni, dell'azione autonoma di condanna al risarcimento del danno, prevista dall'art. 30 del codice, presuppone che il giudice accerti pienamente il rapporto dedotto in giudizio. La successiva fase, prescindendo dal riesercizio del potere amministrativo, ha natura di sola esecuzione, con la conseguente concentrazione di tutte le forme di tutela nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Nel caso in cui sia stata esercitata unitamente all'azione risarcitoria anche quella di annullamento assumono nuovamente rilevanza, sia pure sotto altro aspetto, le diversità di regime connesse alla natura del potere pubblico esercitato.

Se il potere è vincolato il giudice amministrativo potrà annullare l'atto e valutare, senza incidere su spazi riservati all'amministrazione, la sussistenza del nesso di causalità materiale e dunque la lesione al bene della vita (cosiddetto danno ingiusto): sussistendo gli altri requisiti che integrano la fattispecie illecita sarà possibile condannare l'amministrazione al risarcimento del danno.

In presenza, invece, di un potere discrezionale l'annullamento del provvedimento amministrativo può impedire, sempre in ossequio al principio di separazione dei poteri, di accertare pienamente il rapporto e dunque – al di fuori dell'ipotesi in cui ci sono i presupposti per la condanna al risarcimento per perdita di *chance* – di verificare la spettanza del bene della vita a fini risarcitori. Soltanto dopo che l'amministrazione ha riesercitato il potere potrà essere verificata con certezza, e dunque con un criterio diverso da quello civilistico del “più probabile che non”, la sussistenza del nesso di causalità materiale dell'illecito civile^{19[19]}. Ai nostri fini, ciò significa che tale azione dovrà essere

^{19[19]} La diversità rispetto all'ipotesi in cui è proposta un'azione di risarcimento autonoma si giustifica perché in questo caso la domanda prescinde dalle vicende relative al potere pubblico, le quali possono

proposta dopo la sentenza di cognizione ma entro il termine, previsto dall'art. 30 del codice, di centoventi giorni.

L'art. 112, comma 6, disponeva che tale connessa domanda potesse essere fatta valere anche nel processo di ottemperanza che, in tale ipotesi, si sarebbe dovuto svolgere «nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario». Il decreto legislativo n. 195 del 2011 ha abrogato quest'ultima disposizione: la ragione giustificativa va rinvenuta nell'esigenza di evitare che profili nuovi, quale quelli connessi all'esame della richiesta risarcitoria, potessero essere esaminati per la prima volta in sede di ottemperanza con conseguente violazione del principio del doppio grado di giudizio. Ne consegue che, oggi, l'azione di risarcimento del danno correlata all'azione di annullamento può essere proposta, dopo il giudicato, esclusivamente in sede di giudizio ordinario di cognizione^{20[20]}.

L'art. 112, comma 3, consente, invece, la proposizione dell'azione di risarcimento dei danni «connessi alla impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione». E' questa, però, un'azione tipicamente esecutiva che si riferisce ad eventi successivi al giudicato strettamente correlati al dovere di esecuzione della sentenza.

7. La natura giuridica del giudizio di ottemperanza.

Alla luce di quanto sin qui esposto si possono trarre indicazioni utili ai fini dell'esatta qualificazione giuridica del giudizio di ottemperanza dopo il codice.

L'orientamento tradizionale, che risale a Mario Nigro^{21[21]}, ritiene che il giudizio di ottemperanza sia, normalmente, un giudizio misto di cognizione ed esecuzione. L'espressione cognizione non viene, però, utilizzata in senso tecnico e cioè per indicare quegli aspetti non esaminati nel processo che ha condotto all'adozione della sentenza da eseguire. Nell'impostazione in esame, infatti, le ragioni della predetta qualificazione risiedono nel fatto che la regola posta con la sentenza è una regola, non solo implicita, ma anche incompleta, condizionata ed elastica. In particolare: i) incompleta, perché la sentenza non può, per garantire il più volte enunciato principio di separazione dei poteri, accertare pienamente il rapporto; ii) condizionata, perché occorre prendere in esame anche lo *ius*

assumere rilevanza soltanto ai fini dell'eventuale valutazione del comportamento della parte che non ha impugnato tempestivamente il provvedimento lesivo (v. art. 30, comma 3, cod. prov. amm.).

^{20[20]} E' evidente che l'esigenza di valutare, per le ragioni indicate, quali saranno gli sviluppi dell'azione amministrativa, ai fini del giudizio sulla spettanza del bene della vita, implica che tale giudizio sarà strettamente dipendente da quello eventuale di ottemperanza.

^{21[21]} M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 386 e ss.; C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, in *Enc. giur.*, vol. XV, agg. 2003, spec. 3.

superveniens; iii) elastica, perché è necessario dare un contenuto concreto all'obbligo di ripristinazione.

Orbene, deve ritenersi che questi aspetti possono rinvenirsi anche nel processo civile.

Esso, infatti, può concludersi con l'adozione di una regola giudiziale incompleta nel caso in cui il sindacato, effettuato alla luce del criterio della buona fede oggettiva, abbia ad oggetto l'esercizio di poteri privati discrezionali.^{22[22]} Ma, pur in assenza di tali poteri, al giudice civile non è consentito – al di fuori dei casi dei contratti cosiddetti diseguali stipulati con una parte debole (consumatore o imprenditore) – sindacare aspetti, quale, ad esempio, la definizione dell'equilibrio economico del rapporto, che rientrano nell'esclusiva valutazione delle parti. La Costituzione, infatti, tutelando la libera iniziativa economica (art. 41), vieta che il controllo giudiziale possa incidere sul nucleo essenziale dell'autonomia negoziale.

Per quanto attiene poi al riferimento alla regola condizionata, la questione della rilevanza dello *ius superveniens* si pone anche nel settore privatistico, in relazione al quale si è affermato il principio secondo cui la nuova normativa può trovare applicazione soltanto quando la stessa non incide sull'esercizio della funzione giurisdizionale^{23[23]}.

Infine, la elasticità della regola connessa alla produzione dell'effetto di ripristinazione può rilevare anche nel giudizio civile quando viene adottata una sentenza che, dichiarando la invalidità di un atto negoziale, pone questioni, che non possono essere esaminate in questa sede, relative all'incidenza sui rapporti *medio tempore* attuati.

In definitiva, le connotazioni della regola giudiziale propria del giudicato amministrativo che dovrebbero indurre a qualificare il giudizio di ottemperanza quale giudizio misto di cognizione ed esecuzione possono essere tipiche anche del giudicato civile che è attuato con un processo di sola esecuzione. Questo, ovviamente, non significa una completa omologazione dei due processi: la diversità persiste sia perché ciò che nel diritto privato è una evenienza non frequente nel processo amministrativo è la regola sia perché, anche quando si realizzano le medesime condizioni, rimane sempre la peculiarità dipendente dalla natura pubblica del potere esercitato.

^{22[22]} Nel settore specifico del diritto societario il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle delibere del consiglio di amministrazione, non può incidere sul merito delle scelte imprenditoriali (cosiddetta *business judgment rule*): v. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 178 e ss.

^{23[23]} Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza 19 giugno 2012, n. 3569, cit., rivedendo un orientamento pregresso che ancorava la rilevanza della disciplina sopravvenuta al momento della notificazione della sentenza, ha affermato che il principio indicato nel testo opera anche nel settore del diritto amministrativo. La diversità è dipendente soltanto dal fatto che, essendo la regola giudiziale normalmente incompleta, lo *ius superveniens* avrà più possibilità di trovare applicazione occupando gli spazi lasciati liberi dal giudicato e realizzando così una successione cronologiche di norme.

Chiarito ciò, si tratta di verificare se possa, sotto altro aspetto, ritenersi che il giudizio di ottemperanza sia un giudizio misto di esecuzione e di cognizione nel senso che in esso possano essere fatti valere, per la prima volta, aspetti non esaminati nella sentenza da eseguire.

Questa qualificazione sarebbe corretta se si ritenesse che il codice abbia optato per la regola secondo cui tutto ciò che accade dopo la decisione che definisce il giudizio si fa valere innanzi al giudice dell'ottemperanza.

L'analisi svolta ha dimostrato come la valorizzazione di alcune disposizioni contenute nel codice, unitamente all'esigenza di assicurare i principi di separazione dei poteri e del doppio grado di giudizio, conducano a ritenere che nel giudizio di ottemperanza non possano entrare aspetti di cognizione non esaminati nel giudizio ordinario. Questa soluzione interpretativa, per esigenza di coerenza del sistema, deve valere sempre a prescindere dall'atteggiamento dell'amministrazione, attivo o passivo, nell'ambito del procedimento o dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

8. Conclusioni.

Il giudizio di ottemperanza, qualunque sia la nozione di "cognizione" che si prende in esame, è un giudizio di sola esecuzione, sia pure speciale^{24[24]}, con poteri di merito del giudice limitati alla sostituzione dell'amministrazione nei limiti del giudicato e con possibilità di proporre in esso esclusivamente azioni esecutive. La suddetta qualificazione operata costituisce l'esito dell'indagine compiuta e, a sua volta, essa stessa, come rilevato in premessa, fornisce un elemento aggiuntivo per interpretare le norme del codice che presentano un contenuto di non univoca lettura^{25[25]}.

La ricostruzione proposta non incide negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Il codice, infatti, ha rafforzato, anche mediante il potenziamento dei mezzi istruttori, i poteri cognitori del giudice amministrativo che può estendere sempre più il proprio sindacato, pur nel rispetto del principio di separazione dei poteri, al rapporto giuridico dedotto in giudizio. Inoltre, il legislatore del diritto sostanziale – introducendo la regola fondamentale della irrilevanza, ricorrendo taluni presupposti, dei vizi formali – ha contribuito a ridurre gli spazi al possibile riesercizio del potere pubblico. Nel caso in cui

^{24[24]} Si v., a tale proposito, le osservazioni di A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1645 e ss.; CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, spec. 549 e ss.

^{25[25]} Si v. par. 2 in relazione alla natura giuridica degli atti del commissario.

tali vizi hanno, invece, valenza invalidante il giudice deve evitare la prassi dell'assorbimento dei motivi ed estendere il sindacato all'assetto sostanziale degli interessi. In definitiva, il legislatore, processuale e sostanziale, e il giudice devono muoversi nella direzione volta ad assicurare che la sentenza definisca, ove possibile, la vicenda controversa stabilendo, in via definitiva, chi ha torto e chi ha ragione^{26[26]}.

^{26[26]} Si v. le considerazioni di R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in *www.giustamm.it*, ottobre, 2012.