

## **GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: TEMPI LUNGI ED ESITI INCERTI**

del Prof. Avv. *Pietrangelo Jaricci*

Con un primo ricorso straordinario (n. 461/2011) è stato chiesto l'annullamento di una delibera del CSM con la quale era stata revocata, in via di autotutela, la delibera consiliare di dispensa dal servizio del ricorrente per motivi di salute: revoca adottata al fine di esaminare se, in concreto, l'accertamento dell'impossibilità di svolgere le funzioni di istituto possa essere effettuato con riferimento al periodo in cui il medesimo ricorrente risulti impossibilitato ad esercitare le funzioni per altra e diversa ragione.

Un successivo ricorso straordinario (n. 1543/2011) è stato, poi, proposto per il riconoscimento dell'obbligo del Ministero della giustizia di emanare il decreto attuativo della menzionata deliberazione del CSM di dispensa dal servizio (art. 17 legge n. 195/1958 ed art. 2 legge n. 241/1990).

Con decreto decisorio presidenziale in data 20.1.2012, su conforme parere della Sezione II del Consiglio di Stato, i ricordati ricorsi sono stati riuniti ed accolti. Conseguentemente, veniva annullata la revoca della dispensa dal servizio per motivi di salute e il Ministero era

obbligato ad attuare detta dispensa, pervenuta dal CSM in data 25.11.2010.

A fronte della persistente inerzia dell'amministrazione, veniva introdotto un primo giudizio di ottemperanza (n. 1641/2012) il quale, dapprima sospeso per la proposizione, da parte del CSM, del ricorso per cassazione avverso il citato decreto presidenziale 20.1.2012 (rigettato), era dichiarato improcedibile con sentenza n. 3259/2013, avendo il CSM emesso nelle more del giudizio di ottemperanza altra deliberazione di annullamento d'ufficio in autotutela della originaria deliberazione di dispensa dal servizio del 17.11.2010 ed avendo ritenuto il giudice dell'ottemperanza che non vi fosse elusione e che il provvedimento andasse impugnato nelle forme ordinarie.

Quindi, con ulteriore ricorso straordinario (n. 147/2013) l'interessato impugnava quest'ultima deliberazione del CSM di annullamento in autotutela della propria precedente delibera e di rigetto della domanda di dispensa dal servizio proposta dal ricorrente.

Con decreto presidenziale del 29.4.2013 veniva accolto il ricorso essendo stato il provvedimento impugnato adottato a seguito di un procedimento non conforme alle norme che regolano le procedure necessarie per l'adozione di un *contrarius actus* riguardo a quello annullato in autotutela.

A questo punto, l'interessato proponeva altro ricorso (n. 7407/2014) per l'ottemperanza ai più volte citati decreti presidenziali del 20 gennaio 2012 (pareri n. 461 e n. 1543 del 2011) e del 29.4.2013 (parere n. 147 del 2013): ricorso respinto dalla Sezione IV del Consiglio di Stato con sentenza n. 439/2015, nonostante che l'originaria deliberazione del CSM del 17.11.2010 di dispensa dal servizio fosse tornata in vita dopo l'annullamento dei due provvedimenti adottati in autotutela.

In realtà, essendo tornata in vita l'originaria deliberazione che riconosceva all'interessato il bene della vita della dispensa dal servizio per motivi di salute, il giudizio di ottemperanza non poteva che riguardare solo l'attività esecutiva del Ministero della giustizia, ormai obbligato ad emettere il relativo decreto con la decorrenza stabilita dal DPR 20.1.2012 (trenta giorni dal ricevimento della prima deliberazione), non necessitando il titolo esecutivo di alcuna attività esecutiva da parte del CSM, essendo i decreti presidenziali *in parte qua self executing*.

Senonché, il giudice dell'ottemperanza non concedeva l'ottemperanza in quanto il CSM, con nota del 9.7.2014, aveva comunicato di avere ancora una volta riaperto il procedimento per la revoca o l'annullamento d'ufficio della originaria deliberazione del 17.11.2010. Riteneva il Collegio che era anche di ostacolo all'accoglimento l'art. 34 c.p.a.

La Sezione adita, con motivazione che suscita non poche perplessità, ha ritenuto che "non può sostenersi che vi sia, allo stato, inottemperanza al giudicato formatosi, né, *a fortiori*, può sostenersi che l'iniziativa revocatoria intrapresa costituisca attività violativa/elusiva del predetto giudicato ed in quanto tale preclusa al CSM".

\* \* \*

La laboriosa e non agevole ricostruzione del fatto induce ad una prima ed amara constatazione e cioè che le decisioni del giudice amministrativo sono il più delle volte destinate a rimanere lettera morta.

La vicenda in esame, pur trascinandosi ormai da circa un quinquennio, si è conclusa, almeno per ora, con la sentenza della Sezione IV del Consiglio di Stato n. 439/2015 che ha stabilito che non può "sostenersi che vi sia, allo stato, inottemperanza al giudicato formatosi, né, *a fortiori*, può sostenersi che l'iniziativa revocatoria intrapresa costituisca attività vincolata/elusiva del giudicato ed in quanto tale preclusa al CSM".

In altre parole, si ricomincia daccapo!

Comunque, la ricordata sentenza del Consiglio di Stato n. 439/2015 e l'altra precedente n. 3259/2013 non sembra abbiano più di tanto inciso su ulteriori iniziative del CSM.

Tuttavia, la fattispecie di cui trattasi non esime dal considerare che il giudizio di ottemperanza - in palese contraddizione con la propria

ontologica funzione - si risolve, non poche volte, in rimedio non soddisfacente delle legittime aspettative del cittadino, utilizzato piuttosto dall'amministrazione, per atavica consuetudine, per gestire la propria azione al di fuori dei canoni di legalità, efficacia, economicità e trasparenza.

Tornando al caso in esame, non è agevole prevedere come i numerosi interrogativi che si rinvengono nella sentenza n. 439/2015 potranno essere concretizzati dall'amministrazione.

La sentenza n. 3259/2013 ha concluso che la delibera revocatoria gravata non configura ottemperanza al giudicato, ma la stessa riposa su una nuova manifestazione di potere non coperta dal giudicato.

Pertanto, posto che il giudicato non copriva in senso impeditivo detta nuova manifestazione di potere rientrando nell'alveo dei poteri esercitabili dal CSM, la stessa "rappresenta un nuovo provvedimento, certamente difforme dal giudicato, ma in quanto non coperto da quest'ultimo non nullo e neppure elusivo".

Così opinando, è stata riconosciuta al CSM ampia possibilità di ritornare *funditus*, come e quando riterrà opportuno, sull'intera questione, "riesaminando la problematica a partire dalla sussistenza dei presupposti di legittimità sottesi all'originario provvedimento di dispensa".

E', pertanto, da temere che la controversia in discorso farà registrare ulteriori annosi strascichi giudiziari e che la posizione del ricorrente rimarrà ancora per lungo tempo *sub judice*.

Un motivo in più per meglio riconsiderare il potere ordinatorio del giudice dell'ottemperanza che, specie in tale giudizio, non può non ritenere prioritaria la posizione del cittadino (sui poteri decisorii del giudice dell'ottemperanza, S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, 623 s.).

La sentenza del Consiglio del Stato n. 439/2015 è intervenuta una volta emanato il decreto decisorio reso a seguito del parere n. 147/2013 della Sezione II del Consiglio di Stato che, come già ricordato, ha disposto l'annullamento, per violazione di legge, della deliberazione del CSM 3.5.2012 di annullamento in autotutela della propria delibera 17.11.2010 e di rigetto della domanda di dispensa dal servizio proposta dal ricorrente.

Anche questo ricorso per ottemperanza è stato respinto poiché ciò che è stato censurato è unicamente il *quomodo* di adozione della seconda revoca in quanto non assistita dalle garanzie infraprocedimentali, con la conseguenza che "non può dirsi inverata l'evenienza per cui l'amministrazione ha perso il potere di deliberare sull'affare".

E così il tempo passa ed il cittadino si vede costretto a soggiacere ai comportamenti ambigui dell'amministrazione almeno fino a quando un giudice non stabilisca l'esaurimento della discrezionalità.

A tal proposito tornano alla mente le sensate considerazioni di un autorevole magistrato (N. Papaldo, *Giustizia e pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1959, 144) che evidenziava la crescente riluttanza delle amministrazioni ad eseguire i giudicati. Sono, infatti, molti i casi in cui le pubbliche amministrazioni "si ribellano al giudicato e sono troppi ed ormai intollerabili i casi in cui le amministrazioni oppongono pretesti e tergiversazioni alla esecuzione del giudicato".

Considerazione, questa, che si attaglia perfettamente alla fattispecie che qui interessa, specialmente se si considera che il d.P.R. 20.1.2012 faceva presagire – come già detto – una mera attività esecutiva da parte del Ministero della giustizia.

Tutto, però, torna al CSM la cui deliberazione sarà sicuramente oggetto di nuove diatribe in sede giurisdizionale, rinviando così *sine die* la conclusione della controversia.

D'altra parte, come è stato correttamente osservato (F. Merusi, *La legalità amministrativa*, Bologna, 2012, 134), "l'incoerenza del legislatore nel trarre conseguenze da principi generali; la necessità di razionalizzare interventi 'sparsi' del legislatore; il fenomeno, normale nel diritto amministrativo, di leggi che attribuiscono soltanto il potere senza dettare

regole o dettando regole soltanto parziali per il suo esercizio, esigono una razionalizzazione nel momento della soluzione di un caso concreto”.

Qualcuno ha scritto che, allo stato attuale, la giurisprudenza fa quel che può, anche se una sentenza che interviene dopo anni e anni di attesa infruttuosa, pur se formalmente perfetta, è comunque inadeguata. Sembra, invero, che si tenda a perseguire la giustizia in astratto, senza alcuna considerazione per le implicazioni concrete che questa scelta comporta, anche se i tempi di definizione delle cause divengono talmente lunghi da vanificare le eventuali conseguenze positive della decisione finale (così C. Guarnieri, *La giustizia in Italia*, Bologna, 2001, 106 s.).

Ancora rapide considerazioni conclusive.

Come s'è già avuta occasione di scrivere, ciò che suscita apprensione è che pure la magistratura amministrativa non sembra riesca a sottrarsi ad un inarrestabile processo involutivo che tenderebbe a collocarla, seppur in posizione di evidente preminenza, nell'alveo dell'organizzazione burocratica, se è vero – come è vero – che recentemente uno stimato magistrato del Consiglio di Stato ha dichiarato che il Presidente del Consiglio “ha bisogno di noi burocrati...Noi siamo lo Stato”.

Se così fosse, si correrebbe il rischio, come è stato efficacemente osservato, che ogni sentenza del giudice amministrativo potrebbe trasformarsi in un atto di burocrazia giudiziaria, con buona pace della



“tutela piena ed effettiva”, assicurata dall’art. 1 del c.p.a., la quale esige, invece, non un giudice funzionario burocratizzato, bensì “un giudice particolarmente sensibile alla mutata realtà sociale, creativo, ricco di fantasia, d’inventiva ed ampiamente elastico, non rinchiuso nelle gabbie di un sistema codicistico inevitabilmente approssimativo e superficiale” (M. Stipo, *Di fronte alle ipotesi governative di riforma. La giustizia amministrativa tra conservazione e nuovi approdi*, in <http://www.unsognoitaliano.it>, 2014).

Infine, il Presidente del Consiglio di Stato, in occasione della recente inaugurazione dell’anno giudiziario, ha ricordato che il numero dei giudizi di ottemperanza è in crescita costante.

Ma la giurisprudenza in materia, pur in presenza di un codice vistosamente claudicante, sembra ancorata a vecchi schemi, mostrando il più delle volte benevola comprensione verso comportamenti delle amministrazioni elusivi (se non addirittura violativi) del giudicato, per tacere poi di certe inammissibili “trovate” quale quella di ritenere dimidiato il termine per l’impugnazione nonostante le puntuali disposizioni dell’art. 87, comma 3, del Libro II del codice, dell’art. 114, comma 9, del Libro IV e dell’art. 92, comma 1, del Libro III.

Ormai non è più tempo di indulgere a sofismi o a letture fantasiose delle norme.

Facciamo, pertanto, nostro l'auspicio del Presidente del Consiglio di Stato Giovannini che il giudice amministrativo "possa e sappia ricondurre l'agire dei pubblici poteri al rispetto del principio di legalità, rispondendo con tempestività ed efficacia alla domanda di tutela giurisdizionale che gli è rivolta".