

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Ricorsi amministrativi – Ricorso straordinario al Capo dello Stato – Procedimento – Misura cautelare – Ottemperanza – Dinanzi alla Sezione consultiva – Esclusione.

Cons. Stato, Sez. consultive, 28 febbraio 2022, n. 475

- in *Il Foro amm.*, 2, 2022, pag. 198 e ss.

“[...] Posto che l’art. 113 c.p.a. prevede che il “giudizio di ottemperanza si propone, nel caso di cui all’art. 112 comma 2, lettere a) e b) al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta” e che, per contro, nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di cui al D.P.R. N. 1199/1971 la Sezione consultiva, anche in sede cautelare, si limita ad esprimere un parere, ancorché vincolante, senza emettere direttamente il provvedimento decisivo, suscettibile di essere eseguito nei confronti di un’amministrazione riluttante, che è invece oggetto di un apposito decreto ministeriale, ne segue che va escluso che si possa profilare una competenza complementare del Consiglio di Stato in sede consultiva, atta a consentirgli di interloquire con le forme dell’ottemperanza con un’amministrazione inadempiente perché ciò implicherebbe, con un’interpretazione praeter legem, un’inedita potestas iudicandi che il legislatore non ha inteso attribuire alla Sezione consultiva [...]”.

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con istanza di sospensiva, proposto, con presentazione diretta, ex art. 11 d.P.R. n. 1199/1971, da Mohamed Badr, contro Comune di Roma in persona del Sindaco pro tempore, avverso la Nota del Dipartimento Politiche Abitative di Roma Capitale prot. n. el/12462 datata 15 aprile 2019 notificata il 30 aprile 2019 avente ad oggetto “Rifiuto alloggio e.r.p.” e con la quale veniva comunicato a parte ricorrente che “a seguito della rinuncia degli alloggi proposti in sede di convocazione in data 5 aprile 2019 la s. v. verrà ricollocata in fondo alla graduatoria del bando 2012 relativamente ai nuclei familiari aventi lo stesso numero di componenti”, nonché di tutti gli atti lesivi presupposti, sottesi e consequenziali, ancorché non conosciuti; in ogni caso per il riconoscimento del diritto di parte ricorrente ad ottenere l’assegnazione dell’alloggio E.R.P. proposto in data 5 aprile 2019 in sede di convocazione quale risarcimento in forma specifica per il danno subito dal medesimo; nonché, con motivi aggiunti, per l’annullamento, previa adozione delle più idonee misure cautelari: del Verbale dell’incontro del 5 aprile 2019 prot. n. el/11552 datato 5 aprile 2019 e della relativa tabella allegata entrambi trasmessi al ricorrente in data 27 settembre 2019 in seguito all’evasione

dell'istanza di accesso agli atti avanzata in data 26 luglio 2019; della tabella allegata al verbale 2019 prot. n. el/11552 datato 5 aprile 2019 dalla quale si evince quali fossero gli alloggi disponibili; della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/663 del 6 giugno 2019 con la quale l'alloggio di proprietà Ater sito in Roma in viale di valle Aurelia 111 sc. b int. 11 è stato assegnato ad un soggetto diverso dal ricorrente ed alla quale il suddetto alloggio è stato proposto solo successivamente alla ricollocazione del ricorrente in fondo alla graduatoria di cui trattasi; della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/521 del 16 aprile 2019, della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/524 del 16 aprile 2019, della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/947 del 25 settembre 2019, della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/665 del 6 giugno 2019, della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/949 del 25 settembre 2019, della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/525 del 16 aprile 2019, della Determina Dirigenziale n. di repertorio el/523 del 16 aprile 2019 con le quali sono stati assegnati ad altri soggetti tutti gli alloggi di proprietà Ater disponibili alla data del 5 aprile 2019 in sede di assegnazione dei suddetti alloggi; della Determina Dirigenziale avente ad oggetto "presa d'atto e pubblicazione della graduatoria per l'assegnazione in locazione di alloggi di e.r.p. - Bando pubblico generale 2012" - annualità 2013/2014/2015/2016/2017/2018/1^ semestre 2019" avente numero di repertorio el/1403/2019 e numero di protocollo el/33140/2019 del 31 dicembre 2019; dell'aggiornamento della graduatoria per l'assegnazione in locazione di alloggi di e.r.p. - bando pubblico generale 2012 - annualità 2013/2014/2015/2016/2017/2018-1^ semestre 2019 del 10 gennaio 2020; di ogni ulteriore atto preparatorio, presupposto, connesso e conseguenziale.

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 9754 in data 11 novembre 2019 con la quale il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Sergio Zeuli;

Premesso:

1.il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti con la nota dell'11 novembre del 2019 riferiva che la parte ricorrente, con atto notificato in data 8 agosto 2019, aveva proposto ricorso straordinario, previa sospensiva, al fine di ottenere l'annullamento del primo dei provvedimenti in epigrafe.

In punto di fatto il ricorrente rappresentava, innanzitutto, di possedere un nucleo familiare numeroso, di non avere disponibilità di alloggio, di essere percettore di un reddito estremamente basso, di essere seguito dal 2017 dai Servizi Sociali per motivi di fragilità sociale, di aver

partecipato al bando E.R.P. 2012 del Comune di Roma per l'assegnazione in locazione di un alloggio E.R.P., conseguendo un punteggio pari a 45.

Con nota n. EL/10961 dell'1 aprile 2019, il Comune di Roma lo aveva convocato per formalizzare l'assegnazione dell'alloggio tuttavia, nel corso del successivo incontro - del quale non era rilasciata copia di verbale - non vi era stata assegnazione di alloggio perché "credeva di avere inteso che l'alloggio offerto, situato negli stabili di Via di Valle Aurelia, fosse già occupato ed oggetto di vendita". Dunque, nonostante quest'ultima proposta rappresentasse una soluzione abitativa ideale, aveva ritenuto opportuno non sottoscriverla immediatamente, preferendo confrontarsi prima con la propria famiglia per attendere l'assegnazione di un altro alloggio di pronta disponibilità.

Il ricorrente rappresentava, altresì, che, non conoscendo bene la lingua italiana, in quella riunione avrebbe avuto diritto ad un interprete, o, almeno, alla concessione di un breve termine per riflettere sulla proposta. Del resto, sia la Legge Regionale che il Bando Comunale prevedevano che l'Amministrazione, prima di dichiarare la decadenza dei candidati, dovesse inviargli una diffida all'accettazione, se quest'ultima gli fosse stata notificata, a norma dell'art.7 del Bando, sottolineava ancora il ricorrente, l'avrebbe certamente accettata.

Invece, il Comune di Roma gli aveva notificato la sola nota impugnata che gli comunicava che, dalla posizione iniziale n. 304 della graduatoria, con punti 45, era stato ricollocato alla posizione n. 12.767, dietro soggetti con un nucleo familiare non altrettanto numeroso. Di conseguenza, dopo avere ribadito di non aver ricevuto la diffida di cui all'art. 7 cit. segnalava che la medesima disposizione non prevedeva affatto che, in caso di rinuncia, l'assegnatario venisse ricollocato dietro soggetti con nuclei familiari di minor consistenza.

Faceva ancora presente che, nonostante avesse richiesto l'accesso agli atti, in data 26 luglio 2019, al fine di comprendere le motivazioni che ne avevano comportato la collocazione al n. 12.767 della graduatoria, l'istanza non era stata riscontrata dal Comune di Roma Capitale che così gli aveva cagionato un'ulteriore lesione sicché insisteva anche nel chiedere l'ostensione della documentazione omessa.

2. Tanto premesso deduceva i seguenti motivi di impugnazione avverso l'atto gravato: *a) violazione e falsa applicazione delle disposizioni degli artt. 3 - 4 - 7 e 13 della legge della Regione Lazio n. 12 del 6 agosto 1999. Eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta. b) Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 10 del Regolamento della Regione Lazio n. 2 del 20 settembre 2000. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 7 del bando E.R.P. 2012 di Roma Capitale. Violazione del principio di imparzialità, trasparenza e buon andamento della P.A. Difetto di motivazione. Violazione del principio del legittimo affidamento. c) Violazione*

e/o falsa od errata applicazione dell'art. 3 L. n. 241/1990. Carezza motivazionale. d) Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, ingiustizia manifesta.

3. Con successivo ricorso per motivi aggiunti del 27 gennaio del 2020, Mohamed Badr impugnava gli ulteriori atti indicati in oggetto deducendo i seguenti, ulteriori, motivi: *a) illegittimità dell'aggiornamento graduatoria impugnata, derivata dall'illegittimità del provvedimento relativo al presunto rifiuto dell'alloggio E.R.P. dal quale consegue la ricollocazione in graduatoria del ricorrente.*

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del d.P.R. 445 del 28 dicembre 2000 - nullità del verbale dell'incontro del 5 aprile 2019 prot. n. EL/11552 datato 5 aprile 2019 - invalidità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con riferimento al rifiuto dell'alloggio di edilizia popolare.

4. Il Ministero referente esprimeva l'avviso che la domanda di sospensione potesse essere accolta.

5. Con ordinanza del 25 marzo del 2020, la Sezione, riscontrando nella procedura la carezza della diffida prescritta dall'art.7 del Bando per l'assegnazione, accoglieva la richiesta di sospensiva del ricorrente, disponendone il provvisorio reinserimento in graduatoria.

Col medesimo provvedimento la Sezione onerava il MIT, una volta acquisiti i necessari elementi, di redigere un'apposita relazione istruttoria sulle singole censure con particolare riferimento a quella con cui si contestava l'impossibilità di accedere ai nominativi degli assegnatari.

Con una successiva ordinanza del 14 ottobre del 2020, la Sezione disponeva estendersi la notifica ai controinteressati non ancora individuati, chiedendo, al contempo, al Comune di Roma Capitale una relazione sui fatti di causa.

6. Con nota del 25 marzo 2021 protocollata al n. 3195 del 29 marzo 2021 della Direzione Generale MIT, il Rappresentante legale del ricorrente faceva presente di essere ancora in attesa di conoscere i nominativi e gli indirizzi dei suddetti assegnatari sollecitando l'adempimento necessario ad integrare il contraddittorio, giusto il parere interlocutorio della Sezione del 14 ottobre 2020.

6.1. Evidenziava, ancora, che, nonostante la Sezione, con parere interlocutorio del 25 marzo 2020 avesse disposto che *"l'istanza cautelare potesse essere accolta, ai fini del temporaneo reinserimento in graduatoria in posizione utile, eventualmente anche in sovrannumero e comunque senza pregiudizio dell'eventuale soggetto subentrato"*, non era stato contattato dal Comune di Roma per la scelta dell'alloggio. Anzi, in data 30 ottobre 2020, era stata pubblicata la graduatoria aggiornata nella quale risultava in posizione n. 13519, con punti 45, dietro a soggetti con nucleo familiare di numero inferiore, in posizione addirittura peggiore rispetto a quella di cui alla nota del

Dipartimento Politiche Abitative di Roma Capitale n. EL/12462 del 15 aprile 2019, notificata il 30 aprile 2019.

6.2. Parallelamente la difesa del ricorrente faceva presente di aver instaurato un giudizio ex art. 114 e ss. c.p.a. dinanzi la V Sezione del Consiglio di Stato, col quale era stata chiesta l'ottemperanza sia del parere n. 754/2020, reso da codesta Sezione 1 nell'Adunanza del 25 marzo 2020 che aveva accolto l'istanza cautelare di reinserimento in graduatoria del sig. Badr, sia del successivo parere n. 1582/2020, reso nell'Adunanza del 14 ottobre 2020 nella parte in cui stabiliva che *“preliminarmente Roma Capitale dovrà fornire al ricorrente, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del presente parere da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i nominativi e gli indirizzi dei soggetti ai quali sono stati assegnati gli alloggi originariamente proposti al ricorrente, beneficiari delle determine dirigenziali oggetto di impugnativa”*; la parte rappresentava che, con lo stesso ricorso in ottemperanza, aveva chiesto dichiararsi l'inefficacia ai sensi dell'art. 114, c. 4, lett. c) della Determina Dirigenziale n. di repertorio QC/1511/2020 e n. di protocollo QC/117959/2020 del 30 ottobre 2020, che lo aveva ricollocato in fondo alla graduatoria relativamente ai nuclei familiari aventi lo stesso numero di componenti.

6.3. Da ultimo, il Legale Rappresentante evidenziava che il sig. Badr, nel frattempo ammesso alla “Cassa Integrazione Guadagni”, continuava a corrispondere un affitto nonostante sin dal 2019 avesse diritto ad un alloggio Erp.

7. Non avendo ricevuto, nel termine di trenta giorni concesso all'amministrazione, notizia alcuna da Roma Capitale, in data 28 gennaio 2021 il ricorrente inviava una comunicazione alla Sezione Consultiva per verificare lo stato di adempimento degli incumbenti istruttori da parte dell'Amministrazione Capitolina. Il 25 marzo 2021, ne inviava un'altra al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con cui sollecitava gli adempimenti richiesti, mai evasi.

8. Il 31 marzo 2021 il Ministero trasmetteva la relazione integrativa (R.U.U. 0003301.31-03-2021-) con cui comunicava l'adempimento degli incumbenti istruttori, dando atto delle note del Comune di Roma rispettivamente del 30 novembre 2020 e del 18 marzo 2021.

8.1. In particolare, con la nota n. RF20200116713 del 21 dicembre 2020 l'Ufficio Avvocatura di Roma Capitale aveva trasmesso al MIT la nota n. QC/124345 del 30 novembre 2020 del Dipartimento Patrimonio e Politiche Abitative, Servizio Assegnazioni e Mobilità Alloggi presso il Comune di Roma, integrata con successiva nota n. 17606 del 18 marzo 2021, evidenziando quanto segue: “attualmente non esiste alcun provvedimento di assegnazione esecutivo dell'alloggio sito in Viale di Valle Aurelia n. 111, Sc. B, Int. 11, in quanto l'ATER, con nota assunta al protocollo al n.

QC/6436/2020 ha comunicato che lo sgombero dell'occupante abusivo è rinviato a data da destinarsi. Di conseguenza l'immobile non è più disponibile per l'assegnazione».

La nota del Servizio continuava rappresentando che: - *il Servizio Assegnazioni e Mobilità Alloggi, con nota n. QC/103384 del 13 agosto 2020, reinseriva il ricorrente in graduatoria, con il punteggio pari a 45 punti, insieme ad altri nuclei familiari con lo stesso numero di componenti, precisando che allo stato attuale si stavano convocando i punti 45 per l'assegnazione di alloggio Erp, in relazione allo stesso numero di componenti del sig. Badr»*

9. In considerazione della relazione integrativa del Ministero del 31 marzo 2021, la Sezione emetteva il parere interlocutorio n. 954 del 19 maggio 2021 col quale ribadiva gli incumbenti istruttori disposti nei confronti di Roma Capitale con il parere interlocutorio n. 1582 del 15 ottobre 2020.

In particolare, ritenendosi necessaria l'integrazione del contraddittorio, era disposto che l'Amministrazione provvedesse *«nel termine di giorni trenta dalla comunicazione del parere, a fornire al ricorrente i nominativi e gli indirizzi dei soggetti controinteressati, così come specificato nel citato parere interlocutorio n. 1582/2020».*

La Sezione inoltre, onerava il ricorrente di provvedere, nei trenta giorni successivi a *«depositare direttamente al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti tutta la documentazione comprovante l'avvenuta notificazione (con riferimento ai pubblici proclami sarà sufficiente la presentazione di un'attestazione di Roma Capitale da cui risulti l'avvenuta pubblicazione degli atti sopra indicati)».*

10. In data 14 giugno 2021, a fronte del perdurante inadempimento di Roma Capitale, il ricorrente provvedeva a notificare il summenzionato parere interlocutorio n. 954/2021 all'Amministrazione interessata.

In conseguenza di tale notificazione l'Avv. Valentina Antonelli, con comunicazione a mezzo Pec il 22 giugno 2021 inviava la scansione di un foglio indicante i nominativi dei "convocati del 05/04/2019" con appuntati alcuni indirizzi, peraltro, incompleti, la tabella mostrata al ricorrente all'incontro del 5 aprile 2019 contenente gli alloggi propostigli e tre determinazioni di assegnazione alloggi, a persone collocate nella medesima, originaria graduatoria di cui faceva parte anche lo Badr.

Ritenendo la documentazione incompleta, ed, in parte, non corrispondente a quella richiesta e necessaria per la decisione, il 7 luglio 2021, il ricorrente diffidava ancora Roma Capitale a provvedere, nel termine di cinque giorni dalla ricezione della stessa, a fornire all'istante *«i nominativi e gli indirizzi dei soggetti ai quali sono stati assegnati gli alloggi originariamente proposti al ricorrente, beneficiari delle determine dirigenziali oggetto di impugnativa».*

11. Roma Capitale riscontrava la diffida in data 12 luglio 2021, con la nota datata 9 luglio 2021 trasmettendo *«i dati anagrafici dei soggetti convocati per l'assegnazione dell'alloggio di ERP in data 5 aprile 2019»*.

12. Di conseguenza il ricorrente notificava – in data 19 luglio 2021 – ai controinteressati indicati da Roma Capitale: (i) il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica iscritto al numero di Registro Generale R.G. n. 1273/2019, assegnato alla Sezione I Consultiva del Consiglio di Stato; (ii) il ricorso per motivi aggiunti con istanza cautelare ex artt. 49 e 52 c.p.a. depositato in data 24 gennaio 2020; (iii) il parere n. 1582 reso dal Consiglio di Stato il 14 ottobre 2020, nell'ambito dell'affare R.G. n. 1273/2019.

Inoltre il 22 luglio 2021 provvedeva alla pubblicazione nell'Albo Pretorio online di Roma Capitale, tramite notificazione per pubblici proclami, *«di un sunto del ricorso originario e del ricorso per motivi aggiunti in uno agli estremi del [...] parere ed all'indicazione del numero dell'Affare»* come disposto dal parere interlocutorio del Consiglio di Stato n. 1582/2020, al fine di integrare il contraddittorio nei confronti dei rimanenti controinteressati, comunicando l'avvenuta pubblicazione al Dipartimento Patrimonio e Politiche Abitative di Roma Capitale.

13. Con una successiva istanza del 4 ottobre del 2021 la parte ricorrente, comunicava, quanto al parallelo giudizio di ottemperanza, che con l'ordinanza n. 6519 pubblicata in data 28 settembre 2021, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale aveva dichiarato inammissibile il ricorso per l'ottemperanza, per carenza di *potestas iudicandi*, specificando che spetta *«alla stessa sezione consultiva che ha emesso il parere verificare l'esecuzione dei propri pronunciamenti e individuare le misure più idonee in caso di inadempimento da parte dell'amministrazione, potendo compensarsi tra le parti le spese della presente fase, in ragione della natura della presente decisione»*.

Precisava ancora che Roma Capitale, successivamente alla proposizione del ricorso per inottemperanza instaurato innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, con il verbale n. 71 del 24 giugno 2021, aveva: approvato la nuova graduatoria Bando ERP 2012 in autotutela annualità 2013/2014/2015/2016/2017/2018/2019; con determinazione dirigenziale (numero repertorio QC/831/2021 – numero protocollo QC/35334/2021) del 25 giugno 2021 avente ad oggetto la “rettifica in autotutela della Determinazione Dirigenziale n. QC 1511 DEL 30/10/2020 presa d'atto e pubblicazione della graduatoria per l'assegnazione in locazione di alloggi di ERP , Bando Pubblico Generale 2012 – Annualità 2013/2014/2015/2016/2017/2018/2019, n.QC 1511 DEL 30/10/2020” approvato la rettifica della graduatoria reinserendo tre assegnatari, senza nulla prevedere in relazione alla sua posizione; pubblicato, in data 12 luglio 2021, una nuova

graduatoria., in cui l'odierno ricorrente risulta in posizione n. 13.519, ulteriormente deteriore rispetto a quella attribuitagli nella graduatoria del 30 ottobre 2020.

Tutti questi atti, nella prospettazione attorea, erano da ritenersi violativi e/o elusivi del giudicato.

Tanto premesso, la difesa del Badr concludeva - in ossequio a quanto ritenuto dall'ordinanza della V Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato del 4 ottobre 2021 in punto di competenza - chiedendo a questo organo adito *di dare ottemperanza al decreto direttoriale n. 71 del 5 maggio 2020, che ha accolto il parere n. 754/2020, reso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza del 25 marzo 2020 nell'ambito dell'affare n. 01273/2019, e in particolare di - ordinare al Comune di Roma di dare esatta esecuzione al disposto del parere n. 754/2020 emesso dalla prima sezione di Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato, disponendo il temporaneo reinserimento in graduatoria in posizione utile, eventualmente anche in sovrannumero, del sig. Badr e della sua famiglia;*

- nominare, per il caso di ulteriori inadempimenti dell'Amministrazione, un commissario ad acta (ex art. 114 co. 4 lett. d) affinché provveda in via sostitutiva;

- disporre il pagamento di una somma di denaro, equamente quantificata dal Giudice medesimo, per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del decreto (ex art. 114 co. 4 lett. e) in ragione anche della necessità per il sig. Badr di corrispondere canoni di locazione a privati per beneficiare dell'immobile in cui attualmente alloggia.

Chiedeva infine, nell'ambito della pronuncia di ottemperanza, applicarsi la penalità di mora ex art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. per i giorni di ritardo rappresentata in una somma di denaro, da quantificarsi in Euro 100,00 al giorno a partire dal 25 marzo 2020, data di emissione del parere interlocutorio n. 754, per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del decreto (ex art. 114 comma 4, lett. e) e fino alla sua esatta esecuzione.

Su queste specifiche ed ultime richieste, all'odierna adunanza, la controversia è stata spedita in decisione.

CONSIDERATO:

15. Il *thema decidendum* del presente procedimento è l'esecuzione, chiesta dalla parte ai sensi degli artt.112 e ss. del c.p.a., dell'ordinanza cautelare del 25 marzo 2020 emessa da questo Collegio. In particolare il ricorrente, alla luce di quanto ritenuto dalla V Sezione Giurisdizionale del Consiglio di Stato, con l'ordinanza collegiale n.6519 del 28 settembre 2021, in punto di *potestas iudicandi*, chiede a questo Collegio, di cui si afferma la competenza, di ordinare al Comune di Roma l'esecuzione del *dictum* sopra ricordato.

15.1 Dissentendo dall'orientamento espresso dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nel provvedimento 6519/2018 sopra ricordato, la Sezione ritiene però di non potere essere adita con il rimedio di cui agli artt. 112 e ss. c.p.a.

15.2 Per argomentare questo dissenso conviene partire dalle basi su cui si fonda l'orientamento qui avverso. Quest'ultimo invoca a suo sostegno gli articoli 59 e 98 del codice del processo amministrativo –definiti parametri legislativi di interpretazione – che estendono i poteri dell'ottemperanza all'esecuzione dei provvedimenti cautelari, emessi, nel corso del I e del II grado di giudizio. Da queste disposizioni si evincerebbe un tendenziale principio di corrispondenza funzionale fra provvedimento cautelare, giudice che lo ha emesso ed organo giurisdizionale chiamato ad eseguirlo in sede di ottemperanza, principio parzialmente eccentrico rispetto a quanto statuito, in modo più rigoroso e tassativo in punto di competenza dall'art.113 c.p.a, ritenuta norma attributiva della competenza per la sola ottemperanza ai provvedimenti giurisdizionali definitivi.

15.3 Questa Sezione non rinviene, tuttavia, nella citata disciplina processuale elementi sufficienti a sostegno della interpretazione prospettata con la cennata ordinanza collegiale n.6519 del 28 settembre 2021.

Conviene innanzitutto sottolineare che il codice del processo amministrativo, al già ricordato art.113 c.p.a., contiene una norma attributiva della competenza per l'ottemperanza, nell'apposita *sedes materiae* del Libro Quarto, Titolo I, norma che dettaglia, per ciascun provvedimento ottemperando, la relativa *potestas iudicandi* in capo ad un giudice ben individuato fra quelli appartenenti al plesso della giustizia amministrativa. Tale norma risulta incompatibile con l'orientamento qui avverso - che ritiene, per contro che nel caso di specie la stessa non debba trovare applicazione – perché il c.p.a. estende in blocco *tutte* le norme in materia di ottemperanza all'esecuzione dei provvedimenti cautelari collegiali, nei quali non possono non ritenersi ricompresi anche quelli cautelari.

Una lettura che volesse limitare la portata dell'art.113 c.p.a. ai soli provvedimenti giurisdizionali definitivi sarebbe, prima di tutto, contraria alla ratio del procedimento di ottemperanza, in secondo luogo, contraria alla lettera della disposizione, ed in ogni caso del tutto disfunzionale.

In presenza di disposizioni che contengono prescrizioni precise e dettagliate in materia, non si comprende perché, per ricostruire la competenza per l'ottemperanza nella fattispecie in esame, ci si debba avvalere di norme che sarebbero generiche, imprecise sotto questo aspetto, e per di più contenute in Libri e Titoli del c.p.a. che non disciplinano *ex professo* quel giudizio.

15.4 Se si conviene che, anche in caso di ottemperanza a provvedimenti cautelari, debba trovare applicazione l'art. 113 c.p.a., si dovrà prendere atto che tale disposizione prevede che il “*giudizio di*

ottemperanza si propone, nel caso di cui all'art.112 comma 2, lettere a) e b) al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta" e che, per contro, nella procedura di cui al D.P.R. n.1199/1971 la Sezione Consultiva, anche in sede cautelare, si limita ad esprimere un parere, ancorchè vincolante, senza emettere direttamente il "provvedimento" decisivo, suscettibile di essere eseguito nei confronti di un'amministrazione riluttante, che è invece oggetto di un apposito decreto ministeriale.

Questo dato letterale esclude che si possa profilare una competenza complementare del Consiglio di Stato in sede consultiva, atta a consentirgli di interloquire con le forme dell'ottemperanza con un'amministrazione inadempiente perché ciò implicherebbe, con un'interpretazione praeter legem, un'inedita *potestas iudicandi* che il legislatore non ha inteso attribuire alla Sezione consultiva.

15.5 Quanto agli articoli 59 e 99 del codice del processo amministrativo, a parere del Collegio si limitano a precisare, come è evidente dal rinvio contenuto nell'art.59 cit. al Titolo I del Libro IV, e dal rinvio al Libro II Titolo II dell'art.99 cit., come il potere che regolano altro non sia che quello specificato e delineato, in punto di competenza, dalle norme del codice in materia di ottemperanza. Detto altrimenti, non sembra possibile inferire da queste disposizioni, che hanno la, limitata, funzione di estendere i poteri dell'ottemperanza anche alla fase cautelare, l'attribuzione di competenza, altra ed aggiuntiva, in capo ad un organo che, si badi bene, come già detto, non emette la misura cautelare, ma si limita ad esprimere un parere in ordine alla sua concedibilità.

16. Inoltre, il riconoscimento di una cognizione estesa al merito e di poteri di accertamento della nullità di atti in sede di ricorso straordinario risulterebbe in contrasto con la disciplina del ricorso straordinario che, a differenza di quanto previsto dall'art. 134 c.p.a. per il "giudice amministrativo", non contempla "materie di giurisdizione estesa al merito", né prevede, a differenza di quanto previsto dall'art. 114, comma 4, lett. b), c.p.a., l'esperibilità di azioni di accertamento, quali, ad esempio, quelle volte a dichiarare la "nullità di atti in violazione o elusione del giudicato", o di condanna, essendo il rimedio ammesso solo per proporre azioni di annullamento, per motivi di legittimità, di atti amministrativi definitivi (art. 8, comma 1, d.P.R. n. 1199/1971).

Aggiungasi che l'avversa interpretazione rischierebbe di porsi in contraddizione con la natura, ed in ultima analisi, con la funzione ricoperta dal ricorso straordinario. Si tratta di un rito tuttora ancorato – come osservato - ad una struttura, ed a un conseguente regime impugnatorio, che attesa la sua conformazione, è del tutto inidoneo alla gestione di una fase esecutiva con una cognizione estesa al merito. Basti pensare che, nella fase di cognizione, il Supremo organo della giustizia amministrativa interviene con specifico riferimento ad una fase, quella di orientamento della decisione amministrativa, che ha un punto di contatto solo mediato con la decisione finale

dell'amministrazione che, unica, potrebbe consentire l'ottenimento del "bene della vita" al quale il ricorrente aspira. Raggiungimento del bene della vita che rappresenta invece l'obiettivo esclusivo del rito dell'ottemperanza. La significativa intermediazione, che caratterizza la presente procedura, esistente tra organo consultivo ed amministrazione, rischierebbe di rendere rarefatto ed artificioso lo stesso procedimento di ottemperanza, anche perché, a volere rispettare lo schema di fondo del rito ex d.p.r. 1199 cit., anche l'ottemperanza sarebbe un giudizio in cui il Consiglio di Stato si dovrebbe limitare a proporre pareri senza poter direttamente decidere in luogo della P.A. E ciò comporterebbe inevitabili inefficienze ed ulteriori ritardi, in palese contrasto con la ratio del rimedio.

17. Quanto all'ulteriore argomento su cui si fonda l'orientamento da cui si dissente, cioè il rischio di disaccordo tra quanto ritenuto dalla Sezione consultiva in sede cautelare rispetto a diverse valutazioni della Sezione giurisdizionale in sede di ottemperanza, non rappresenta un dubbio fondato, a parere del Collegio. Quella segnalata è invero un'evenienza del tutto fisiologica che, per quanto riguarda l'ottemperanza alle sentenze definitive del giudice civile, è persino stata contemplata dal legislatore al comma 2 dell'art.113, quando ha attribuito la competenza per l'ottemperanza al Tribunale Amministrativo Regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che emesso l'ottemperanza.

18. Fermi gli esposti dirimenti rilievi in punto di competenza, va, comunque, incidentalmente osservato in termini generali che il puntuale adempimento della misura cautelare disposta, a seguito del parere del Consiglio di Stato, "con atto motivato del ministero competente", ai sensi dell'art. 3, comma 4, l. n. 205/2000, costituisce l'oggetto di un preciso obbligo giuridico a carico dell'Amministrazione, cosicché la mancata esecuzione di tale misura, ove ricorrano gli altri elementi della fattispecie, può costituire un illecito e fondare un'azione risarcitoria (anch'essa, tuttavia, non proponibile in sede di ricorso straordinario per le ragioni già esposte).

19. Alla luce di quanto precede si esprime il parere che l'istanza in ottemperanza vada rigettata per carenza di potestas iudicandi in capo a questa Sezione consultiva.

La controversia dovrà proseguire per il merito, dunque la discussione va rifissata ad una successiva adunanza per l'ulteriore corso.

P.Q.M.

Esprime il parere nei termini di cui in motivazione.

Manda alla Segretaria per la fissazione di una nuova adunanza per la trattazione in prosieguo del ricorso.

L'ESTENSORE

Sergio Zeuli

IL PRESIDENTE

Paolo Troiano

IL SEGRETARIO

Maria Cristina Manuppelli