

**Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza del 25 giugno 2014 n. 3217 sulla linea di demarcazione tra azione di ottemperanza e azione impugnatoria, nelle ipotesi di funzione amministrativa esercitata in esito a un giudicato di annullamento degli atti in precedenza emanati nell'esercizio della medesima funzione**

### **La massima**

La linea di demarcazione tra azione di ottemperanza e azione impugnatoria, nelle ipotesi di funzione amministrativa esercitata in esito a un giudicato di annullamento degli atti in precedenza emanati nell'esercizio della stessa funzione, non può essere fatta in base alla mera qualificazione prospettata dal ricorrente ma passa attraverso l'individuazione della natura dei vizi dedotti. Inoltre, specie nei casi in cui la funzione amministrativa è improntata da un'ampia discrezionalità tecnica, deve tenersi conto del peculiare atteggiarsi del giudicato amministrativo di accoglimento nei giudizi di legittimità di natura impugnatoria e del portato concreto della decisione. In sostanza l'individuazione dei limiti, derivanti dal giudicato, al rinnovo dell'azione amministrativa, deve essere identificato dalla linea di discrimine, rispettivamente, tra le ipotesi di violazione/elusione del giudicato e le ipotesi di eventuali nuove ed autonome illegittimità in cui l'Amministrazione sia incorsa in sede di riesercizio della funzione (1).

In tale scia logico-giuridica deve essere collocato il sindacato sugli atti successivi ed ulteriori al provvedimento adottato in sede di riedizione dell'atto annullato nell'esercizio della medesima funzione, i quali possono essere considerati una diretta violazione o un'elusione del giudicato solo qualora contengano valutazioni o statuizioni direttamente e specificamente contrastanti con il giudicato.

Si è invece del tutto fuori dai limiti conformativi segnati dal giudicato quando i motivi dedotti ineriscano, o a elementi storicamente sopravvenuti, o del tutto differenti, ovvero siano comunque espressione dell'autonoma discrezionalità valutativa dell'autorità amministrativa. In tale ultimo caso gli eventuali vizi di legittimità affliggenti l'attività di riesercizio della funzione, devono essere denunziati in sede cognitoria – impugnatoria (*a cura della redazione della Camera Amministrativa e Comunitaria della Campania*).

### **La nota**

1. cfr. da ultimo ad es. Cons. Stato, Sez. VI 13.02.2013 n. 899.

### **La sentenza**

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8861 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Vincenzo Franco, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo  
Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore* rappresentato e difeso per legge  
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Capo Stato Maggiore dell'Aeronautica, Ministero Difesa - Direzione Generale Personale Militare, Stato  
Maggiore dell'Aeronautica - Commissione Superiore D'Avanzamento Ufficiali;

***per l'ottemperanza***

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. IV n. 00609/2012, resa tra le parti, concernente  
ottemperanza sentenza Consiglio di Stato sez. IV n. 609/2012 - mancato avanzamento al grado  
superiore per l'anno 2009

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le  
parti gli avvocati Angelo Clarizia e l'Avvocato dello Stato Cesaroni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Il Brig. Gen. Franco in ottemperanza della sentenza di questa Sezione n. 609/2012 aveva ottenuto la  
nomina a Brigadiere Generale con effetto *ex tunc*, non ritenendo tale provvedimento soddisfacente delle

sue aspettative, con l'atto introduttivo del presente giudizio ha richiesto che, in completa esecuzione del predetto giudicato, venisse ricostruita integralmente la sua carriera con la conseguente ammissione al giudizio ai gradi successivi per gli anni 2011 e 2012 della Commissione Superiore di Avanzamento dell'aeronautica Militare.

Nelle more dell'udienza di discussione, il Ministero della Difesa, nella riunione del 23.10.2013, lo ha ammesso allo scrutinio per l'avanzamento nel grado superiore attribuendogli un punteggio che, pur consentendogli di raggiungere l'idoneità, non gli ha permesso di essere iscritto nei relativi quadri di avanzamento "a scelta" al grado di Generale Isp. in s.p.e. per gli anni 2011 e 2012.

In conseguenza, con i motivi aggiunti, il ricorrente chiede la declaratoria della nullità:

- del verbale n. 1 del 23.10.2013 della Commissione Superiore d'Avanzamento dell'Aeronautica Militare;
- per quanto occorra, dei verbali e dei provvedimenti redatti dalla C.S.A. con i quali è stata predisposta la graduatoria di merito tra i Brig. Generali per gli anni 2011 e 2012 e assegnati i relativi punteggi;
- dei successivi provvedimenti ministeriali di approvazione delle suddette graduatorie per gli anni 2011-2012.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione versando i predetti atti del procedimento.

Chiamata alla camera di Consiglio, il patrocinatore della Difesa Erariale ha ricordato come il ricorrente abbia impugnato gli atti di cui chiede oggi la nullità in sede di ottemperanza, anche presso il TAR del Lazio mentre il patrocinatore dell'appellante, nel riportarsi agli atti, ha insistito per l'integrale accoglimento del suo gravame.

La causa è stata ritenuta in decisione dal Collegio.

\_\_\_1. Quanto al ricorso introduttivo, si osserva che, sul piano procedimentale, i provvedimenti con cui la C.S.A. dell'Aeronautica Militare ha valutato il Brig. Gen. Franco ai fini dell'avanzamento a scelta ai gradi superiori per gli anni 2011 e 2012, in dichiarata ottemperanza della decisione, appaiono comunque formalmente soddisfattivi della pretesa inizialmente azionata.

Deve pertanto dichiararsi la cessazione della materia del contendere.

\_\_\_\_.2. Con l'articolata rubrica dei motivi aggiunti, il ricorrente lamenta che i provvedimenti di valutazione ai fini dell'avanzamento nel grado superiore per gli anni 2011 e 2012, di cui al verbale n. 1 del 23.10.13; sarebbero nulli per violazione di giudicato; ed in conseguenza chiede vengano adottati i provvedimenti necessari alla concreta e piena attuazione del giudicato.

Dopo la promozione a Brig. Generale disposta dal Commissario ad Acta per l'ottemperanza, la CSA non avrebbe provveduto a valutare il Gen. Franco ai sensi dell'art. 1090 del D.Lgs. n. 66/2010, (come invece affermato dalla Direzione Generale PERSONMIL nella nota al difensore del 2.12.2013), ma avrebbe illegittimamente proceduto ai sensi dell'art. 1058 dello stesso D.Lgs. inserendolo nelle relative graduatorie di merito, approvate dal Ministro della Difesa rispettivamente:

- per il 2011: tra il 5<sup>^</sup> e il 6<sup>^</sup> posto, con il punteggio, espresso in trentesimi, di 26,79, (in virtù del quale era risultato davanti al Gen. Langella);
- per il 2012: tra il 3<sup>^</sup> e il 4<sup>^</sup> posto con il punteggio, espresso in trentesimi, di 26,91 che, a differenza della precedente valutazione, lo poneva questa volta dietro al Gen. Langella.

La CSA non avrebbe tenuto conto che l'Amministrazione non gli aveva consentito di espletare il servizio nel grado di Brigadiere Generale poiché la sua promozione, pur decorrente retroattivamente dal 26/06/2009, gli era stata comunicata solo nel Luglio 2013, successivamente al raggiungimento del limite di età previsto per tale grado (25/08/2012).

Per il ricorrente invece, la Commissione, una volta accertata l'idoneità del ricorrente a ricoprire tale grado superiore in sede di valutazione per l'anno 2011 per il grado di Gen. Isp., non avrebbe potuto assegnare allo stesso un punteggio per l'anno 2012, non essendo possibile valutare l'effettivo servizio espletato nel grado, ma si sarebbe dovuta limitare ad inserirlo davanti al pari grado Langella perché era stato promosso al grado di Brig. Gen, in posizione migliore rispetto a quest'ultimo. La Commissione non avrebbe cioè potuto basare il giudizio sul servizio espletato nel grado di Colonnello nel periodo che va dal 31/12/2009 (di collocamento in aspettativa per riduzione di quadri) al 23.10.13 (data di effettuazione delle valutazioni per gli anni 2011 e 2012): se, infatti, il ricorrente non avesse dato la

propria disponibilità a rientrare volontariamente in servizio, il suo libretto personale non sarebbe stato nemmeno compilato perché in aspettativa. La Commissione di Avanzamento, in tale ipotesi, non avrebbe potuto prendere a base il libretto del ricorrente per valutare i requisiti di cui agli articoli 1058, 1093, 1098 e procedere all'attribuzione dei punteggi.

I motivi aggiunti sono inammissibili.

Come è noto, la linea di demarcazione tra azione di ottemperanza e azione impugnatoria, nelle ipotesi di funzione amministrativa esercitata in esito a un giudicato di annullamento degli atti in precedenza emanati nell'esercizio della stessa funzione, non può essere fatta in base alla mera qualificazione prospettata dal ricorrente ma passa attraverso l'individuazione della natura dei vizi dedotti. Inoltre specie nei casi, come quello in esame, in cui la funzione amministrativa è improntata da un'ampia discrezionalità tecnica, deve tenersi conto del peculiare atteggiarsi del giudicato amministrativo di accoglimento nei giudizi di legittimità di natura impugnatoria e del portato concreto della decisione. In sostanza l'individuazione dei limiti, derivanti dal giudicato, al rinnovo dell'azione amministrativa, deve essere identificato dalla linea di discrimine, rispettivamente, tra le ipotesi di violazione/elusione del giudicato e le ipotesi di eventuali nuove ed autonome illegittimità in cui l'Amministrazione sia incorsa in sede di riesercizio della funzione (cfr. da ultimo ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI 13/02/2013 n. 899).

In tale scia logico-giuridica deve essere collocato il sindacato sugli atti successivi ed ulteriori al provvedimento adottato in sede di riedizione dell'atto annullato nell'esercizio della medesima funzione, i quali possono essere considerati una diretta violazione o un'elusione del giudicato solo qualora contengano valutazioni o statuizioni direttamente e specificamente contrastanti con il giudicato. Si è invece del tutto fuori dai limiti conformativi segnati dal giudicato quando i motivi dedotti ineriscano, o a elementi storicamente sopravvenuti, o del tutto differenti, ovvero siano comunque espressione dell'autonoma discrezionalità valutativa dell'autorità amministrativa.

In tale ultimo caso gli eventuali vizi di legittimità affliggenti l'attività di riesercizio della funzione, devono essere denunziati in sede cognitoria - impugnatoria.

Nel caso in esame deve rilevarsi che la valutazione per il 2011-2012, impugnate con i motivi aggiunti sono collegate ad eventi ed elementi temporali del tutto successivi alla mancata iscrizione nel quadro di avanzamento al grado superiore per l'anno 2010 di cui alla sentenza, in quanto sono il frutto di successive vicende (quali ad es. l'aspettativa per ridondanza dei ruoli o raggiungimento del limite di età previsto per la quiescenza in relazione alla categoria ed al grado ricoperto), che non possono essere immediatamente e direttamente collegabili alle statuizioni del giudicato de quo.

La sentenza della quale si chiede la completa esecuzione infatti non contiene, nessuna statuizione specificamente volta ad ordinare all'Amministrazione il consequenziale compimento di attività di valutazione per gli anni successivi a quello considerato e soprattutto a condizionare l'esito di tali giudizi. Anzi la sentenza n. 609/2012 specificava che *“Resta, ovviamente, fermo l'esercizio del potere di valutazione proprio dell'amministrazione della Difesa ed i conseguenti atti che essa andrà ex novo ad adottare”*.

La stessa natura delle censure introdotte dimostrano come si sia in presenza di atti adottati successivamente all'annullamento giurisdizionale, che sono al di fuori dello stretto ambito giuridicamente delimitato dalla sentenza di cui si pretenderebbe l'elusione.

Essendo evidente l'insussistenza di una violazione o comunque di un'elusione del giudicato, gli atti in questione devono preliminarmente essere gravati con l'ordinaria azione di annullamento nella competente sede di primo grado (come, del resto, il ricorrente ha fatto). In tali casi, questo giudice d'appello infatti non può fare ricorso alla conversione degli stessi nel rito ordinario di cui all'art. 32 comma 2 periodo secondo c.p.a., in quanto così facendo si salterebbe un grado di giudizio violerebbe il principio del doppio grado di giudizio e del corretto contraddittorio.

I motivi aggiunti per l'ottemperanza devono dunque essere giudicati inammissibili.

\_\_\_ 3. In definitiva, deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere sul ricorso introduttivo, mentre i motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili.

Le spese, in considerazione della reciproca parziale soccombenza virtuale possono essere integralmente compensate tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta):

\_\_\_1. dichiara la cessazione della materia del contendere sul ricorso introduttivo;

\_\_\_2. dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

\_\_\_3. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

DEPOSITATO IN SEGRETERIA IL 25 GIUGNO 2014