



I POTERI 'COGNITIVI' DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA PER L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE CIVILI IN DANNO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

CARLO D'ORTA*

SOMMARIO: 1. Le ritrosie a eseguire il *dictum civile* da parte della Pubblica Amministrazione – 2. La netta divaricazione dei percorsi, dei rimedi escutivi civile e amministrativi: I poteri del giudice ordinario. – 3. I poteri cognitori del giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza di sentenze civili. – 4. Il D.M. 8 maggio 2003, n. 11521 in materia di somministrazione di farmaci ad uso compassionevole: la posizione del Tribunale Napoli Nord – 5. Gli effetti della pronuncia del giudice ordinario.

1.- Se parte soccombente tenuta a ottemperare alla sentenza di condanna del giudice civile sia una Pubblica Amministrazione è possibile che insorgano talune complessità.

Una certa ritrosia a eseguire il *dictum civile*, da parte della Pubblica Amministrazione, si spiega in vario modo.

Deve tenersi conto della volontà di questa formantesi per intero all'interno di un procedimento amministrativo; dei fini istituzionali della P.A. direttamente interessata; degli aspetti contabili e di bilancio. Si aggiungano difficoltà ulteriori attinenti ai profili di giurisdizione posto che il giudice ordinario è sfornito di potere di intervento e impossibilitato a disporre l'annullamento dell'atto amministrativo: al più, può imporre la disapplicazione e rimandare alla pubblica amministrazione la revoca dell'atto, o sollecitare un'attività ulteriore della stessa P.A. atta tale da realizzare l'effettiva soddisfazione della parte vittoriosa in sentenza.

Agire per l'esecuzione in forma specifica del *dictum civile* si rivela, sovente, arma spuntata valendo altre modalità rispetto a quelle previste dal codice di procedura civile¹.

Reale utilità presenta il giudizio di ottemperanza (introdotto dall'art. 25, n. 6, R.D. 2 giugno 1889, n. 6166, confermato dall'art. 27, n. 4, del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, per

*Carlo d'Orta, Ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi "Link Campus" di Roma.

¹ In tema, si rimanda alla voce enciclopedica curata da C. MANDRIOLI, s.v. «Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare», in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, pag. 553.



dare attuazione all'art. 24 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E²) - ancora scarsamente utilizzato - promuovibile innanzi al giudice amministrativo. Modo di esecuzione delle sentenze pronunciate dai giudici civili, in danno della P.A., che comporta vantaggi rispetto alle forme dell'esecuzione forzata, in specie, se l'esecuzione del pronunciato civile produca un'obbligazione di *facere*, il compimento di una data attività, ovvero, di *non facere*, la rimozione di un atto, da parte della P.A.: in concreto, se il giudicato presenti ad oggetto la lesione di un diritto soggettivo e si giunga all'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto amministrativo causa prima della lesione di quel diritto. Al giudice amministrativo è dato disporre la nomina di un commissario *ad acta*, normalmente in organico presso la stessa P.A. soccombente, con poteri di controllo e investito del compito di dare esecuzione alla pronuncia giudiziale³.

² Negli assetti di fine '800, tempo storico di introduzione del giudizio di ottemperanza, il rimedio venne concepito come strumento rigidamente finalizzato all'esecuzione delle sentenze emesse dal giudice ordinario ponendosi un obbligo, a carico dell'amministrazione pubblica, di conformarsi al *dictum* civile avente ad oggetto la lesione di un diritto soggettivo e comportante l'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto amministrativo emesso da quella stessa Amministrazione. All'esito della sentenza civile, pertanto, cadeva nella facoltà dell'interessato vittorioso di chiedere all'Amministrazione l'annullamento dell'atto riconosciuto in sede civile lesivo del diritto soggettivo e dichiarato incidentalmente illegittimo, e, nella ipotesi di inottemperanza, si apriva la possibilità di investire della questione il Consiglio di Stato. Vigendo la netta separazione dei poteri - giudiziario e amministrativo - quel sistema attribuiva al Consiglio di Stato ruolo di organo interno all'amministrazione, per vero, sopravvenendo la natura giurisdizionale a distanza di tempo con la legge 7 marzo 1907, n. 62, mediante cui si giungeva a prevedere l'impugnativa delle decisioni del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione. La diacronia delle vicende che interessano tali sviluppi sino a configurare la connotazione attuale del Consiglio di Stato quale 'organo ausiliare' a cui l'art. 100 Cost. demanda funzioni di «consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione», per tutti, in N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, *passim*.

³ Indubbio merito della Corte Costituzionale è aver reso opportune delucidazioni rimettendo a punto, entro attendibili confini tecnici, il concetto giuridico di 'esecuzione' caposaldo della dottrina generale del processo (pronunce Cort. Cost., 8 settembre 1995, n. 419; Cort. Cost., 15 settembre 1995, n. 435). Partendo dal profilo romanistico - *ex sequor* - esecuzione è situazione che mai è possibile derogare qualunque sia lo status del soggetto, e dell'organo, nei cui confronti si orienti il comando emanato dal giudice ed è principio che vale, allo stesso modo, per i comandi emanati dal giudice ordinario di cui sia destinataria la p.a. tenuta a ottemperare. Si esprime, in tal guisa, il giudice delle leggi: «Una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune o strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice. In base al principio di effettività della tutela giurisdizionale, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in casi di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa». Argomenta ancora la Corte: «Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione [eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica] altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi, anche nei confronti di qualsiasi attore della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo di rilievo costituzionale [...] in



L'utilità del rimedio, pertanto, è nella possibilità di incidere concretamente sulla condotta della P.A. vincendone le resistenze ad adempiere e realizzare, infine, la soddisfazione della parte vittoriosa nel giudizio presupposto. E certa utilità attiene alla rapidità che ne consegue: rispetto ai tempi occorrenti per l'esecuzione forzata il giudizio di ottemperanza appare in tal senso preferibile, a maggior ragione, se per la P.A. si renda necessario apprestare ulteriori pertinenti attività così che possa idoneamente omologarsi al *dictum* civile⁴.

2.- Orientamento insistito del Consiglio di Stato è che viga compatibilità dei rimedi di tutela apprestati dalla procedura civile e dalla procedura amministrativa essendone consentito il cumulo: la parte risultata vittoriosa nel giudizio civile, onde conseguire l'obiettivo della corretta esecuzione, ha facoltà di cumulare le azioni⁵ avendo solo cura di rispettare il limite del *bis in idem*. Il *ne bis in idem* è soglia invalicabile stabilendosi l'impossibilità di replicare, a beneficio del ricorrente, l'utilità conseguita a seguito del pronunciato civile favorevole. Da evitare è il rischio di pronunce contrastanti⁶.

Principio ispiratore è la netta divaricazione dei percorsi, dei rimedi escutivi civile e amministrativo, distinti nei tracciati e non sovrapponibili.

Una ricaduta attiene al recupero delle spese restando inibita al ricorrente la possibilità all'esito del giudizio di ottemperanza, ottenuta soddisfazione dal giudice amministrativo, di agire innanzi alla giustizia ordinaria allo scopo di recuperare le spese

questi termini, la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stesa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria». Le citate sentenze della Corte Costituzionale pongono stabilmente l'asserto che, anche per le pronunce che attengono alla p.a., si applica il principio-cardine della teoria generale del processo per il quale ciò che distingue l'azione cognitoria dall'azione esecutiva è che la prima tende a un risultato non tangibile benché diretta all'attuazione del diritto, mentre la seconda si prefigge il conseguimento del risultato concreto (per tutti, si rimanda alla voce enciclopedica di V. CAIANIELLO, s.v. «Esecuzione della sentenza», in *Enc. del dir., Aggiorn.*, III, 1999, *passim*).

⁴ Sarà utile puntualizzare, ai fini di un necessario chiarimento, che è preclusa la possibilità che si ricorra al giudizio di ottemperanza per richiedere alla p.a. non già l'esecuzione della sentenza civile, bensì l'esecuzione dell'ordinanza di assegnazione di somme pronunciata dal giudice ordinario nel processo esecutivo. Si innesterebbe, in tale ipotesi, un meccanismo contorto: dunque, non consentendosi il cumulo delle procedure il giudizio di ottemperanza presenterebbe valenza di esecuzione dell'esecuzione, in definitiva, giudizio di esecuzione rispetto ad altra procedura esecutiva già definita e conclusa.

⁵ Restano stabili le coordinate in forza delle quali il Consiglio di Stato fonda la sua interpretazione: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 marzo 1973, n. 1 e, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 480.

⁶ Si rimanda a Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 480; Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161. Nello stesso senso si pronuncia, altresì, la Suprema Corte: Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2004, n. 20023.



sostenute per l'esperimento dell'azione esecutiva civile, posto che - come affermato con insistenza dal Consiglio di Stato⁷ - l'esecuzione del giudicato deve piuttosto attenersi alle somme liquidate nella sentenza di cui viene chiesta attuazione, non già anche alle somme corrispondenti a spese e onorari sostenuti per intimare alla P.A. il pagamento del dovuto⁸.

I citati interventi del Consiglio di Stato delimitano nei corretti limiti la questione ponendo al riparo da equivoci e aporie: l'esecuzione del giudicato resta limitata all'entità delle somme liquidate in sentenza di cui si richiede l'attuazione, né vi è aggiunta di spese ulteriori dovendosi escludere quelle erogate per spese e onorari.

La posizione del Consiglio di Stato appare in tutto coerente al senso del giudizio di ottemperanza ed è, questo, punto nodale.

Non potrà utilizzarsi il giudizio di ottemperanza azionabile innanzi al giudice amministrativo al fine di richiedere alla P.A. non già l'esecuzione del *dictum* civile, ma l'esecuzione dell'ordinanza di assegnazione di somme emessa dal giudice civile nel processo esecutivo. Ove questo accadesse rileverebbe una palese anomalia deviando, il giudizio di ottemperanza, dalla *ratio* che ne ispira il senso: si determinerebbe sovrapposizione di un ulteriore giudizio di esecuzione rispetto a una procedura esecutiva in tutto conclusa⁹.

3.- Si faceva menzione, in precedenza, dei poteri del giudice ordinario e si richiamava l'assunto che, appurata la illegittimità del provvedimento amministrativo, questo giudice sia privo del potere di intervento diretto, dunque, della possibilità di comminare l'annullamento dell'atto, o del provvedimento, ma solo competente a provvedere alla sua disapplicazione. Né è consentito al giudice ordinario di incidere ulteriormente restando, altresì, sfornito della facoltà di indicare le precise attività a cui la P.A. sarebbe tenuta onde realizzare soddisfattamente la pretesa del ricorrente a vedere esaudito il proprio diritto riconosciuto dalla sentenza civile.

Viceversa, i poteri cognitori del giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza di sentenze civili presentano altra e diversa ampiezza tali da consentirgli di indicare i percorsi a cui la P.A. debba attenersi, così ottemperare al *dictum* civile.

Si innesta una delicata questione di interpretazione che attiene alla portata del potere che compete al giudice amministrativo, se esso si sostanzia nell'esercizio di un intervento

⁷ Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5128.

⁸ Si legga, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5128.

⁹ Spunti sollecitanti conseguono dalla pronuncia del Tar Campania - Napoli, sez. V, 4 settembre 2008, n.14692.



diretto sulle amministrazioni così da indicare, sino a prescrivere, l'agire a cui siano tenute in adesione al pronunciato civile.

La giurisprudenza civile come quella amministrativa, nei rispettivi assetti apicali, concordano nel riconoscere tale estensione al potere del giudice amministrativo. E le valenze 'cognitive' che vi attengono risultano delineate, in via tecnica, dal Consiglio di Stato che 'sistema' entro corretti *limina* il giudizio di ottemperanza di «*natura mista, di esecuzione e di cognizione*»¹⁰. Già la Corte di Cassazione, con un pronunciato delle sezioni unite, dispiegava un'analisi di estrema chiarezza puntuale negli assunti: «... rientra nelle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza l'interpretazione della decisione oggetto di tale giudizio, con la conseguenza che la deduzione di eventuali errori ammessi nella suddetta attività interpretativa non investe i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo, a nulla rilevando che l'interpretazione operata in sede di ottemperanza incida su diritti soggettivi, se ciò è conseguenza del fatto che oggetto del giudizio di ottemperanza è un giudicato civile, atteso che tale giudicato concerne diritti soggettivi, onde ogni attività di interpretazione dello stesso non può non incidere anche su tali diritti»¹¹.

Ricondurre la questione a giusta cautela è osservare, con fondate ragioni, che il giudizio di ottemperanza presenta carattere «necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione»¹². Analisi che si colloca nel centro rispetto alle varie posizioni e tiene conto del presupposto che i poteri del giudice amministrativo di indagare nel merito - c.d. 'potere ricognitivo' - in ordine alle questioni oggetto del giudizio di ottemperanza, in nessun caso, prescindono dagli ambiti giurisdizionali trovando limiti nella giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Concetto non controvertibile che il Tar Lazio - Roma pone a snodo di un pronunciato che assume rilievo di indirizzo. Sostiene che «*in sede di giudizio per esecuzione del giudicato, il g.a. deve enucleare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza, chiarendone il significato reale potendo anche arrivare, quando emergono problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione, ad adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione. 20.2. Detto potere incontra tuttavia il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quante volte la cognizione della questione controversa la cui soluzione gli sia sottoposta in sede di verifica dell'esatto adempimento del giudicato, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi potrà provvedere al riguardo*»¹³.

¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 21.ottobre.2009, n.5013.

¹¹ Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2000, n. 438.

¹² V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pag. 852. In adesione, cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, pagg. 76 ss.

¹³ Tar Lazio - Roma, sez. II, 1 giugno 2011, n. 4982. Nella stessa direzione, v. già Tar Lazio - Roma, sez. III, 11 giugno 2008, n. 5757.



Appare corretto rilevare, quale giusto contrappasso al potere ricognitivo del giudice amministrativo, che limiti sussistono quando la sentenza civile manchi di indicazioni specifiche, al più, statuendosi un generico obbligo della P.A. a provvedere e, in tale ipotesi, non cade nel potere del giudice amministrativo intervenire con funzioni di supplenza. Né risulta che lo stesso giudice possa esercitare poteri ricognitivi relativamente a questioni che esulano dalla propria competenza ricadendo nella competenza di altro giudice.

I dati raccolti, se pure idonei a comprovare un andamento pressoché costante dell'analisi dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla questione in esame, comunque, richiedono conforto analitico.

Si invoca il disposto dell'art. 114 c.p.a., e del comma 5 dell'art. 112 c.p.a.

Col richiamo all'articolo 114 c.p.a. si intende corroborare la linea esegetica tendente a comprovare il moderato 'sforamento' di competenza del giudice di ottemperanza riconoscendo a questi una cauta possibilità di leggere nel merito le questioni sottese alla pronuncia da eseguire: interviene la formulazione dell'art. 114 c.p.a. in forza del quale il giudice dell'ottemperanza - che secondo il disposto degli artt. 133 e 134 c.p.a. detiene una esclusiva giurisdizione estesa al merito - «conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza»¹⁴. Si aggiunge *ad adiuvandum*, da questa dottrina, che il nuovo codice ha introdotto la possibilità, al comma 5 dell'art. 112, di promuovere il giudizio di ottemperanza «anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza», ed è evidente come tale disposizione sia diretta a colmare un vuoto consentendosi al giudice dell'ottemperanza di esercitare poteri ricognitivi se la sentenza civile da eseguire, da parte della P.A., appaia priva di necessarie indicazioni circa le modalità di esecuzione.

Il tutto riveste portata complessa e complessa, di sicuro, è la vicenda che attiene all'esperibilità del giudizio di ottemperanza quando la P.A. ponga in essere attività elusiva, addirittura in contrasto, col pronunciato civile. Ai pone, in tal caso, l'interrogativo se il giudizio di ottemperanza possa incidere su questa attività della P.A., ovvero, se gli atti emanati dalla p.a. vadano impugnati interessando i canali della giurisdizione ordinaria.

Non si è giunti ad esiti condivisi in dottrina e in giurisprudenza.

Richiesto di esprimersi il Consiglio di Stato avrebbe seguito itinerari non coincidenti, né sovrapponibili subordinando l'esperibilità del giudizio di ottemperanza alla verifica dell'attività della p.a, svolta in piena discrezionalità amministrativa, ma in niuna considerazione del pronunciato civile, o anche elusiva del *dictum* civile. Il *reversal* del Consiglio di Stato apriva, nel contempo, all'altra visuale che ammetteva, viceversa, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, a prescindere dalle verifiche circa l'intenzionalità

¹⁴ Così, Tar Lazio - Roma, sez. 2/*bis*, 13 ottobre 2010, n. 32797.



della P.A., ove questa emettesse atti, e provvedimenti, in contrasto col pronunciato civile passato in giudicato e a condizione che il *petitum* attenesse alla corretta ottemperanza della sentenza civile e non già a questioni generali di illegittimità attinenti all'atto o al provvedimento.

Se pure - ne consegue - non sia ravvisabile omogeneità di posizioni, pure, indici significativi consentono di verificare come vada accreditandosi, orientamento *in fieri*, una tendenza a estendere l'applicabilità del giudizio di ottemperanza e, progressivamente, a rafforzarsi l'affidamento degli utenti in questo strumento processuale rientrando tra le innovazioni al tempo introdotte dal D. lgs. 104/2010 (*Codice del processo amministrativo*) che, appunto, interveniva sulla disciplina dei presupposti in ordine alla proposizione dell'azione.

4.- Le questioni in esame - l'esecuzione delle sentenze civili produttive di obblighi di *facere* o di *non facere* a carico della P.A., la portata dei poteri cognitivi del giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza di sentenze civili, lo *spatium adimplendi* riconosciuto alla P.A. ai fini dell'esecuzione dei *dicta* civili - trovano riscontro in una recente vicenda giudiziale, toccante per i risvolti umani, che presenta a oggetto la tutela del diritto alla salute.

Al Tribunale ordinario di Napoli Nord - sezione lavoro si avanzava istanza, mediante ricorso ex art. 700 c.p.c., di esprimersi circa la legittimità della somministrazione di un farmaco, attualmente nello stadio di sperimentazione, a beneficio di una bambina di 18 mesi affetta dalla patologia *Spinal Muscular Atrophy - Atrophy Type* (SMA 1) malattia letale per la quale, allo stato, non sussiste valido trattamento terapeutico: farmaco denominato ISIS SMNR x prodotto dalla casa farmaceutica americana ISIS, sottoposto a sperimentazione anche in territorio italiano, richiesto ad uso compassionevole.

La somministrazione di farmaci ad uso compassionevole viene consentita, nel nostro sistema, in presenza di attuali precarie condizioni di salute della persona e il D.M. 8 maggio 2003, n. 11521 (*Uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica*) pone criteri inderogabili prevedendo, all'art. 1, che «... un medicinale prodotto in uno stabilimento farmaceutico, autorizzato ai sensi dell'art. 3 del D.M. 11 febbraio 1997 sottoposto a sperimentazione clinica nel territorio italiano o in un Paese estero privo dell'autorizzazione di cui all'art. 8 del decreto legislativo 29 maggio 1991, n. 178 può essere richiesto all'impresa produttrice per uso al di fuori della sperimentazione clinica quando non esiste valida alternativa terapeutica al trattamento di patologie gravi, o di malattie rare o di condizioni di malattia che pongano il paziente in pericolo di vita». All'art. 2 si dettano le



condizioni per la somministrazione del medicinale sottoposto a sperimentazione clinica disponendosi che l'autorizzazione all'uso del farmaco, di cui all'art.1, può rilasciarsi «solo quando ricorrono le seguenti condizioni: a) che il medicinale sia già oggetto nella medesima specifica indicazione terapeutica, di studi clinici sperimentali, in corso o conclusi, di fase terza o in casi particolari di condizioni di malattia che pongono il paziente in pericolo di vita, di studi clinici già conclusi di fase seconda; 2) che i dati disponibili sulla sperimentazione siano sufficienti per formulare un favorevole giudizio sull'efficacia e tollerabilità del medicinale richiesto».

Il c.t.u. medico-legale, richiesto di esprimersi circa la possibilità che il medicinale in oggetto costituisse l'unica alternativa terapeutica stanti le attuali precarie condizioni di salute della piccola paziente, ancora, circa la possibilità che la somministrazione risultasse potenzialmente dannosa o non tollerabile, attestava che il farmaco sperimentale ISIS SMNR x costituiva l'unica valida modalità terapeutica concludendo in senso positivo per la somministrazione e garantendo circa la tollerabilità dell'assunzione dello stesso.

Ribadita la propria competenza per territorio il giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 442 c.p.c. e dell'art. 63 della legge n. 833/1978 - in adesione al pronunciamento della Corte di Cassazione che in presenza di tali situazioni riscontra l'insorgenza di un rapporto previdenziale col diritto dell'assistito alle prestazioni sanitarie¹⁵ - il Tribunale di Napoli Nord accertava la sussistenza del *fumus boni iuris*.

Sarebbe stato consapevole il giudicante del disposto della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (collegata alla finanziaria 1994) che, all'art. 8 (*disposizioni in materia di sanità*), pone la classificazione dei farmaci scandendo gli stessi secondo 'categorie' e disponendo che quelli «per i quali sia stata rilasciata l'autorizzazione sono erogabili dal SSN» suddivisi nelle tre categorie A,B,C ricomprendenti, rispettivamente, i farmaci «essenziali e per malattie croniche», quelli «di rilevante interesse terapeutico», quelli privi delle caratteristiche indicate nelle lettere A e B» (art. 10). A siffatta suddivisione deve rimandarsi la disciplina della dispensa del farmaco se gratuita, partecipata, o interamente a carico dell'assistito. Classificazione dei farmaci che, a seguito dell'abolizione del prontuario terapeutico, compete alla Commissione unica del farmaco (CUF).

Come pure, il giudice adito avrebbe avuto consapevolezza del disposto dell'art. 1, comma 4, d.l. n. 536/1996, convertito nella legge n. 648/1996, che enuncia un principio-cardine in materia, e dunque, «qualora non esista valida alternativa terapeutica sono erogabili a totale carico del SSN, a partire dall'01.01.1997, i medicinali innovativi, la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale, i medicinali

¹⁵ Cass. civ., sez. lav., n. 7267/1990.



non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e i medicinali da impiegare per una'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla CUF, conformemente alle procedure e ai criteri adottati dalla stessa».

Nonché, il giudice, avrebbe assunto le proprie determinazioni consapevoli del disposto dell'art. 9, commi 2 e 3, legge n. 178/2002 volti a chiarire i poteri di intervento del Ministero alla Salute che, «su proposta della Commissione unica del farmaco, provvede annualmente, [...] a redigere l'elenco dei farmaci rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale»; pertanto, si legge al comma 3, «la redazione dell'elenco dei farmaci di cui al comma 2 è effettuata sulla base dei criteri di costo-efficacia in modo da assicurare, su base annua, il rispetto dei livelli di spesa programmata nei vigenti documenti contabili di finanza pubblica, nonché, in particolare, il rispetto dei livelli di spesa definiti nell'accordo tra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano in data 8 agosto 2001, pubblicato nella G.U. n. 207 del 6 settembre 2001». Sarebbe ancora valso, nella prospettiva del giudice, il decreto del 27.09. 2002 con cui il Ministero della salute procedeva a ulteriore razionalizzazione della classificazione dei farmaci abolendo la classe B e riducendo alle sole classi A e C: ricomprensive, la prima, i farmaci, gratuiti per il cittadino, ritenuti essenziali ad assicurare le cure previste in conformità ai livelli essenziali di assistenza sanitaria; la seconda, i farmaci, a totale carico del cittadino, considerati a tali fini non essenziali o la cui efficacia si denoti non adeguata ove rapportata al costo di acquisto.

Il requisito del *fumus boni iuris* veniva appurato richiamata, *a fortiori*, la normativa di settore in tema di utilizzo di farmaci sperimentali ad uso compassionevole restandone avvalorato l'approccio ermeneutico del giudice di merito sulla falsariga dei dettami del Supremo Collegio.

Sopperiva a conforto importante pronuncia, corredata da motivazione densamente argomentata, che restituiva la linea dell'alto giudice di legittimità in ordine alla delicata questione della somministrazione di farmaci indispensabili a garantire la tutela della salute. Già chiariva la Corte - agli inizi degli anni '90 del secolo scorso - che risulta, comunque, «affidata alla discrezionalità del Ministero della Sanità - deputata alla approvazione del prontuario terapeutico - l'individuazione dei farmaci, prescrivibili a carico del Servizio sanitario nazionale in base ai suddetti due criteri; efficacia terapeutica ed economicità del prodotto. Con la precisazione che "il criterio di economicità non può escludere la generale sensazione della compartecipazione alla spesa (restando vincolata, nel prontuario terapeutico, almeno parzialmente, la formazione dell'elenco di farmaci per i quali non è dovuta alcuna quota di partecipazione: art. 10, comma 2, d.l. n. 463 convertito in legge n. 638-83 cit.), ove il farmaco risulti indispensabile ed insostituibile per il trattamento di gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapie di lunga durata (o di altre forme morbose gravi, parimenti contemplate dall'art. 10, comma



2). Pertanto, il farmaco stesso - ancorché non compreso nel prontuario farmaceutico - va posto a carico del Servizio Sanitario Nazionale, previa disapplicazione (art. 5 legge sulla abolizione del contenzioso amministrativo) del prontuario terapeutico, nella parte in cui non comprenda farmaci indispensabili in quanto contrasta con la norma vincolante di legge in senso contrario: art. 10, comma 2»¹⁶.

Letture che trova conferma in altro pronunciamento: «... questa Corte ha affermato che il diritto all'assistenza farmaceutica, articolazione del diritto alla salute, comprende la somministrazione di farmaci che, sebbene non inclusi nel prontuario farmaceutico nazionale, risultino indispensabili per il trattamento di gravi condizioni o sindromi morbose che esigono terapie di lunga durata (ed hanno conseguentemente ritenuto che il giudice ordinario debba disapplicare il prontuario farmaceutico che, in contrasto con tale norma imperativa, non includa farmaci dotati delle menzionate caratteristiche»¹⁷.

Con tersità analitica la Cassazione pone a presupposto di ogni progressione di ragionamento il concetto fermo, assolutamente centrale, della tutela del bene-salute.

Delineato lo sfondo e asserito «Il principio del necessario contemperamento del diritto alla salute con le esigenze di bilancio del servizio sanitario nazionale» la Corte avrebbe sì confermato la piena competenza del legislatore, e della P.A., «di scegliere - in base al criterio della economicità - con quali strumenti tra i diversi a disposizione assicurare un adeguato livello di tutela della salute dei cittadini», tenendo nel contempo a ribadire che le medesime ragioni ispirate all'economicità cedono, prescindendosi dalle necessità di bilancio del Servizio Sanitario Nazionale, ove «si accerti che la salvaguardia di questo bene [sc.: del bene-salute], in casi di particolare gravità, può essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti insostituibile» e dunque, ricorrendo questi casi, «il diritto del cittadino riacquista tutta la sua pienezza non tollerando limiti e condizionamenti di sorta»¹⁸.

A giudizio dei supremi giudici il diritto alla somministrazione del farmaco, che - si ricorda - trovasi attualmente allo stadio di sperimentazione, incombe a totale carico del Servizio Sanitario Nazionale in via prelaionale dovendosi esaudire un bisogno superiore della persona in serio pericolo di vita, né sussistendo, allo stato, possibili e valide alternative terapeutiche. In tal senso, la Cassazione, in ossequio alla corretta applicazione della tutela del diritto alla salute consacrata all'art. 32 Cost., avrebbe rimarcato il diritto del paziente alla somministrazione del farmaco che origina direttamente nella «indispensabilità e non sostituibilità di esso, da accertare nel giudizio ordinario indipendentemente dalle decisioni degli organi pubblici deputati alla tutela della salute pubblica, chiamati soltanto a dare concreta attuazione al diritto fondamentale del cittadino nell'esercizio di attività vincolata,

¹⁶ Cass. civ., sez. lav., 3 ottobre 1996, n. 8661, che richiama Cass. civ., n. 5593/94 e n. 3870/94.

¹⁷ Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2034.

¹⁸ Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2000, n. 2034.



della cui natura partecipa interamente la discrezionalità c.d. tecnica di cui i predetti organi sono titolari»¹⁹

Consegue che la verifica circa la sussistenza dei requisiti di indispensabilità, e di insostituibilità, del farmaco da somministrare ad uso compassionevole esclusivamente compete - a giudizio fermo del giudice di legittimità - al giudice civile dovendosi, pertanto, ricorrere al giudizio ordinario e del tutto prescindere dall'agire degli organi amministrativi deputati alla tutela della salute pubblica.

Si precisano in sentenza le rispettive competenze degli organi coinvolti - tra le questioni affrontate dalla Corte tra i nodi più intricati - offrendosi, al riguardo, un esaustivo chiarimento e individuando nel giudice ordinario l'organo giudicante a cui attenga il potere, e che abbia il dovere, di ordinare al Servizio Sanitario Nazionale la somministrazione gratuita di un farmaco *«indispensabile e insostituibile per il trattamento di gravi infermità, non autorizzato ai sensi dell'art. 8 della legge n. 537/1993, né incluso nell'elenco di cui all'art. 1 comma 4 d.l. n. 536/1996, solamente nel caso in cui sia dimostrata la sua efficacia terapeutica, l'assenza di cure alternative valide relativamente alla specifica patologia sofferta e la sussistenza di risultati clinici di fase seconda con riferimento ai medicinali in via di sperimentazione»*, come si legge nell'ordinanza emessa dal giudice del lavoro del Tribunale di Napoli Nord in data 07.08.2015.

Richiamati gli artt. 669 *octies* e 700 c.p.c. il giudice adito, in accoglimento della domanda cautelare, ingiungeva al Ministero della Salute e all'Agenzia Italiana del farmaco (AIFA), *«a ciascuno per quanto di competenza, l'acquisto di del farmaco sperimentale ISIS - SMNR x ed al Policlinico Gemelli di Roma la sua somministrazione alla piccola [omissis] per via intratecale entro 20 giorni da oggi e comunque nel più breve tempo possibile»*²⁰.

5. - Il Ministero della Salute, e l'AIFA, avrebbero mancato di ottemperare all'ordinanza del giudice civile e il rifiuto veniva motivato con nota dell'Avvocatura dello Stato di tale tenore: *«La casa farmaceutica, che non è stata parte del giudizio e ha sede negli Stati Uniti, rimane parte necessaria del negozio di compravendita e, pur resa edotta dell'integrale contenuto del provvedimento del giudicante, conformemente al rifiuto già espresso prima del giudizio, ha ritenuto di non accogliere la richiesta formulata. In tal senso ha espresso chiara e non coercibile volontà di non acconsentire*

¹⁹ Così, la citata ordinanza del tribunale di Napoli Nord del 7.8. 2015 ove si richiamano Cass. civ., n. 2034/2000; Cass. civ., n. 1665/2000; Cass. civ., n. 8661/1996.

²⁰ Trib. Napoli Nord, ord. del 07.08.2015 (n. cronol. 21044/2015 - R.G. n. 5279/2015). Le conclusioni a cui sarebbe addivenuto, con propria ordinanza, il giudice del lavoro del Tribunale di Napoli Nord venivano precedute da osservazioni concludenti osservando il giudicante che «l'inserimento della piccola



all'utilizzo del farmaco al di fuori di un protocollo di sperimentazione». Si concludeva la nota: «Il rifiuto è a tal punto circostanziato da rendere evidente la volontà della casa farmaceutica e la piena comprensione di quanto richiesto dal giudicante, alla cui autorità la società non è in alcun modo sottoposta».

Il diniego a ottemperare all'ordinanza del giudice civile apriva scenari di forte perplessità procurando lesioni al piano valoriale e violazione della *pietas*.

Ricorrevano gli estremi di una *malpractice* particolarmente deplorabile attinente alla gestione di una vicenda 'compassionevole' di cui si sarebbero resi unici e veri responsabili sia gli organi preposti dell'amministrazione pubblica sanitaria che quelli competenti all'attività regolatoria dei farmaci sul territorio nazionale; e le crepe del Sistema Sanitario Nazionale risultavano, nell'ottica del cittadino, pressoché insanabili stante una vicenda, di portata straordinaria, coinvolgente un minore in stato di precaria sussistenza, al punto, da risultarne minati i decantati meccanismi del sistema e vanificate le garanzie prestate al cittadino.

Quanto alle valenze giuridiche il *vulnus* rilevava altrettanto in profondità.

La 'copertura' costituzionale offerta dall'art. 32 Cost. veniva sollevata in pieno e inficiata la tutela del bene-salute, questo, valore 'primario' dell'ordinamento costituzionale, con esso, il diritto del cittadino a ottenere determinate prestazioni sanitarie.

Va richiamato, quando all'esito di vicenda giudiziale conclusasi col *dictum* civile favorevole al cittadino-ricorrente la pubblica amministrazione sia costretta a un *facere*, che la volontà della stessa, anche quando diretta a ottemperare, presenta valenza endo-procedimentale formandosi, per intero, all'interno di un procedimento amministrativo in tempi adeguati. Trattasi di procedimento coerente alle finalità istituzionali proprie di quella specifica amministrazione, e coerente al tipo di provvedimento emesso a seconda che attenga al compimento di un'attività, alla rimozione di un atto, al pagamento di una somma.

Nel caso in esame ad aggravare la posizione degli organi amministrativi, rilevando ipotesi di *malpractice*, è l'atteggiamento di distacco indice di riluttanza ad ottemperare al *dictum* civile. E la mancata collaborazione, ovvero, la parvenza a prestare collaborazione, presenta ulteriori e gravi effetti vanificandosi il rapporto tra P.A. e giustizia ordinaria e altresì consumandosi il rapporto di fiducia riposta dal cittadino nel sistema. Deve arguirsi che la P.A., in siffatti casi di ostentata inattività e di silenzi, impronti la condotta presumendo come indebita la competenza della giustizia civile e indebito lo sfioramento di campo del giudice civile che si sarebbe spinto oltre sino a 'tracimare' gli argini delle proprie competenze perpetrando un'indebita ingerenza.

Il nodo problematico non attiene, dunque, all'*an* sotteso all'inottemperanza dell'amministrazione, né di ciò può dolersi il Ministero della Salute, considerato che la legge espressamente pone l'asserto in forza del quale la P.A., qualsiasi sia la P.A. coinvolta, è



tenuta a conformarsi alle decisioni emesse dall'autorità giudiziaria civile. Altrettanto ovvio che il nodo non si ponga per le sentenze 'autoesecutive' pronunciate dai Tribunali amministrativi ma per quelle emesse dalla giurisdizione ordinaria che richiedono all'amministrazione coinvolta di ottemperare mediante un'attività specifica - obblighi di *facere* o di *non facere* - in forza del principio radicato per cui al giudice ordinario non compete il potere di disporre l'annullamento degli atti amministrativi, solo di provvedere alla disapplicazione, ferma la competenza dell'amministrazione di revocare l'atto o promuovere altra attività che consenta alla parte vittoriosa di conseguire l'utilità accordatagli in sentenza.

Si aprono in definitiva, per il ricorrente, i percorsi dell'esecuzione individuati dal codice di rito e, in alternativa il giudizio di ottemperanza, quando il soggetto risultato vittorioso all'esito del giudizio civile intenda procedere per ottenere l'adempimento della P.A.

Attenersi al rimedio dell'esecuzione - esecuzione e assegnazione forzata - comporta la possibilità di poter fruire di uno strumentario idoneo a ottenere la soddisfazione del creditore che accampi una somma di danaro o un bene specifico, tuttavia, non altrettanto idoneo quando utilizzato per ottenere l'esecuzione in forma specifica ricorrendo un'attività positiva, o negativa, a cui sia tenuta la p.a. Nella vicenda in esame - accade sovente - l'azione civilistica si riduce ad arma spuntata in quanto destinatario del *vertere* è proprio una P.A. a cui si richieda il compimento di un *facere* o di un *non facere*: in tali casi, senz'altro è preferibile intraprendere il percorso del giudizio di ottemperanza alternativa valida all'esecuzione civile.

Nonostante le indubbie positività del rimedio deve constatarsi come esso resti ai margini, poco utilizzato, e non vi è congettura da avanzare se non la carente familiarità, da parte degli operatori giuridici, presumibilmente dovuta alla scarsa conoscenza dello stesso. A fronte del massiccio ricorso alle procedure esecutive civili il giudizio di ottemperanza, modalità duttile di esecuzione delle sentenze pronunciate dai giudici civili in danno della pubblica amministrazione, copre ancora ambiti liminari ai più sfuggendo l'utilità di un rimedio di agevole e celere utilizzo.

