

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Processuale Amministrativo

**IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA NEL NUOVO
CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

Relatore

Chiar.mo Prof.
Salvatore Alberto Romano

Candidato

Leonardo Bertolino
Matr. 089933

Correlatore

Chiar.mo Prof.
Marcello Clarich

Anno Accademico 2011-2012

IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA NEL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

INDICE

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELL'ISTITUTO DELL'OTTEMPERANZA.....	7
--	---

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: STRUTTURA E PROCEDIMENTO	16
1.La sentenza amministrativa e il giudizio di ottemperanza	16
2.Il giudice competente a decidere sull'ottemperanza	23
3.L'evoluzione normativa e giurisprudenziale allarga i soggetti coinvolti del giudizio di ottemperanza	27
4.La proposizione del ricorso evidenzia il rispetto del principio del contraddittorio.....	33
5.Dubbi interpretativi sul patrocinio obbligatorio	37
6.Sparisce un punto cardine dell'azione di ottemperanza: la messa in mora	39
7.Il procedimento e la sentenza risentono della giurisdizione estesa al merito	41

8. I rimedi avverso le decisioni del giudice dell'ottemperanza	43
--	----

CAPITOLO III

L'ESTENSIONE APPLICATIVA DELL'AZIONE DI OTTEMPERANZA	48
--	----

1. Il giudizio di ottemperanza: strumento di portata generale	48
---	----

2. Ottemperanza e giudicato amministrativo. Errore. Il segnalibro non è definito.	
--	--

3. I rapporti con le sentenze esecutive	52
---	----

4. Le misure cautelari trovano spazio nel giudizio di ottemperanza	57
---	----

5. L'azione nei confronti del silenzio della pubblica amministrazione	61
---	----

6. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato è considerabile un rimedio giurisdizionale?	63
---	----

7. Ottemperanza e giudicato ordinario	70
---	----

8. L'azione di ottemperanza e i rimedi esecutivi	73
--	----

9. Il lodo arbitrale vale un sentenza?	75
--	----

10. Ottemperanza e risarcimento del danno, da sempre due rette parallele	77
--	----

11. La novità del nuovo codice: l'ottemperanza c.d. di chiarimenti	87
---	----

CAPITOLO IV

I PRESUPPOSTI DELL'AZIONE DI OTTEMPERANZA E I LIMITI AL POTERE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO..... 90

- 1.L'azione di ottemperanza consegna al giudice un ampio spettro di poteri 90
- 2.La violazione e l'elusione del giudicato: prospetti interpretativi 94
- 3.Il commissario *ad acta*: natura giuridica 104
- 4.Il commissario *ad acta*: regime degli atti 111
- 5.I poteri del giudice tra esecuzione e attuazione del giudicato 115
- 6.I poteri del giudice dell'ottemperanza: estensione e limiti..... 124

CONCLUSIONI

IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO NUOVO PUNTO DI RIFERIMENTO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA 132

BIBLIOGRAFIA 139

CAPITOLO I

EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELL'ISTITUTO DELL'OTTEMPERANZA

Il giudizio di ottemperanza è il giudizio preordinato ad ottenere l'esecuzione o l'attuazione della decisione resa dal giudice. La funzione precipua dell'istituto è quella di garantire l'efficienza e l'effettività e pronunce giurisdizionali, evitando che le statuizioni giudiziali rimangano lettera morta e garantendo, di conseguenza, la concreta tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, protetta dal fondamentale art. 24 della Costituzione.

L'analisi storica dell'istituto in questione non può che partire dal 1831, anno in cui, tramite regio decreto di Carlo Alberto, fu istituito il Consiglio di Stato. Le funzioni del nuovo organo erano amplissime, estendendosi su quasi tutte le materie legislative e amministrative, ma erano di carattere prettamente consultivo.

Nel 1842, con le Regie Lettere Patenti, fu creato nel Regno di Sardegna un sistema di contenzioso amministrativo, con attribuzione delle competenze ai Consigli di intendenza in primo grado e alla Camera dei conti in secondo grado. La disciplina del contenzioso fu, poi, perfezionata e resa maggiormente organica dal Regio Editto 29 ottobre 1847, n. 641, che tolse alla Camera dei conti la cognizione delle controversie in cui era interessato il Regio Patrimonio, destinandola alla giurisdizione ordinaria. Alla Camera dei conti fu riservata, in via esclusiva, la giurisdizione suprema del contenzioso amministrativo comprendente il giudizio *“in supremo grado in via d'appello dalli giudicati dei Consigli di intendenza”* e *“l'arresto definitivo dei conti di tutti i contabili di danaro Regio o Provinciale”* (art. 3,

R.E. 641/1847).

L'arrivo dello Statuto albertino nel 1948 rivoluzionò l'assetto politico e amministrativo del Regno. Per quanto riguarda l'aspetto giurisdizionale, si profilavano diversi orientamenti sull'organizzazione della giustizia. Per alcuni la giurisdizione doveva essere unica e il contenzioso amministrativo doveva essere attribuito ai Tribunali ordinari, per altri, invece, l'abolizione dei Tribunali del contenzioso avrebbe compromesso l'equilibrio degli interessi in gioco. Fu proprio quest'ultimo orientamento a prevalere, grazie all'allora Ministro dell'Interno Urbano Rattazzi che, nel 1859, riuscì a trasformare in legge i suoi progetti. La prima fu il R.D. 23 ottobre 1859, n. 3702, che modificò l'ordinamento amministrativo, dividendo il Regno in province, circondari, mandamenti e comuni. Successivamente furono emanate le quattro leggi del 30 ottobre 1859, nn. 3705, 3706, 3707, 3708, le quali riordinarono il contenzioso amministrativo. Innanzitutto, fu soppressa la Camera dei conti, le cui funzioni di giudice di appello del contenzioso amministrativo furono devolute al Consiglio di Stato. Lo stesso Consiglio di Stato fu riordinato, con l'aggiunta delle funzioni giurisdizionali a quelle consultive, attribuendole alla Sezione III, destinata al contenzioso.

Anche dopo l'unificazione dell'Italia continuò il dibattito tra chi sosteneva che la giurisdizione unica (ispirata alla Costituzione belga del 1831) fosse la soluzione migliore, e coloro che, invece, preferivano mantenere il sistema del contenzioso amministrativo, stante il buon funzionamento avuto fino a quel momento. È in questo ambiente che comincia ad emergere la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Fu, in particolare, Stanislao Mancini che, nel corso di un suo lungo discorso alla Camera, rilevò che non era sostenibile che all'Amministrazione fosse riservato il giudizio sui suoi atti, perché giudicare è diverso da amministrare e perché i diritti dei cittadini devono essere garantiti dal giudice¹. I sostenitori del

¹ Molto note e significative furono le parole pronunciate da Mancini in occasione dei lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: "... sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione,

sistema del contenzioso si preoccupavano, invece, di garantire che l'Amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale non subisse inopportune interferenze dagli organi giurisdizionali.

Prevalse, però, la posizione sostenuta da Mancini e, di conseguenza, si arrivò all'approvazione della legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, la n. 2248 del 20 marzo 1865. La legge conteneva 6 allegati, tra cui quelli che riguardavano direttamente la giustizia erano il D e l'E. L'allegato D indicava, accanto alle attribuzioni consultive, le materie nelle quali il Consiglio di Stato esercitava la propria giurisdizione, indicando le regole del giudizio e i poteri concessi al Consiglio in sede giurisdizionale².

L'allegato E prevedeva l'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo e l'attribuzione alla giustizia ordinaria di *“tutte le cause per contravvenzione e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa”* (art. 2). Al giudice ordinario era consentito solamente conoscere degli effetti dell'atto in relazione alla singola controversia; egli poteva, dunque, solo disapplicare l'atto, ma non modificarlo o annullarlo³. La revoca dell'atto poteva avvenire solo tramite ricorso alle competenti autorità amministrative che, riguardo al caso deciso, dovranno conformarsi al giudicato dei tribunali. Appare così, per la prima

che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, ... sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli ... sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò?... che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni!”

² Artt. 10, 25, 26, 27 e 28, allegato D, l.a.c

³ Art. 4, allegato E, l.a.c., *“Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere rievocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”*.

volta, il riferimento esplicito al dovere di ottemperare in capo all'amministrazione. Si trattava, però, di un obbligo non accompagnato da strumenti atti a garantirne l'effettiva osservanza. Il sistema confidava essenzialmente nel senso di legalità e giustizia dell'amministrazione. Tutti gli affari non attribuiti al giudice ordinario erano affidati ai decreti dell'autorità amministrativa e all'eventuale ricorso gerarchico⁴. La ratio della disciplina risiedeva nell'idea che unico era il diritto e unica doveva essere la giurisdizione: ammettere una giurisdizione speciale per le controversie in cui era parte la pubblica amministrazione avrebbe significato garantirne i privilegi, essendo il giudice amministrativo considerato "un giudice in casa propria". Si trattò, tuttavia, di una scelta che si rivelò non idonea ad un efficace sistema di tutela giurisdizionale del cittadino. Il giudice ordinario, infatti, optava per un sindacato ristretto, limitando al massimo la propria competenza, con l'intenzione di non entrare in conflitto con il potere di imperio della pubblica amministrazione.

Grazie all'impulso decisivo del Ministro dell'Interno Francesco Crispi, fu approvata la legge che istituiva la sezione del Consiglio di Stato dedicata alla giustizia amministrativa (31 marzo 1889, n. 5992). L'obiettivo di questa legge era quella di dare tutela agli interessi che venivano sacrificati dall'allegato E della legge 20 marzo 1865. Quest'innovazione fu spinta dal fatto che il Consiglio aveva già svolto funzioni dal carattere giurisdizionale in sede di contenzioso amministrativo, e anche dal notevole prestigio e dalla fama di indipendenza di cui godeva.

Pur non disciplinando esplicitamente le funzioni giurisdizionali della Quarta Sezione, la legge del 1889 aprì la strada alle discussioni sulla loro

⁴ Art. 3, allegato E, l.a.c., *“Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle Autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative”*.

natura più o meno giurisdizionale. Tale dibattito sfociò nell'emanazione della legge Giolitti del 1907, istitutiva della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, la quale qualificò di natura giurisdizionale le funzioni attribuite ad entrambe le sezioni, assoggettando le rispettive decisioni all'impugnabilità presso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione.

La legge 31 marzo 1889, n. 5992, fu determinante, oltre che per aver istituito la Sezione IV del Consiglio di Stato, anche per la norma contenuta nell'art. 4, che affida alla competenza del Consiglio di Stato i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'autorità amministrativa rispetto. La norma fu poi trasfusa nell'art. 27 del t.u. del Consiglio di Stato del 26 giugno 1924, n. 1054⁵, rimasto vigente fino alla recente emanazione del codice del processo amministrativo. Il ricorso in ottemperanza fu ricompreso fra quelli per i quali il Consiglio di Stato aveva competenza estesa al merito: si usa in proposito tradizionalmente spiegare tale attribuzione attraverso la sua coesistenzialità con il potere sostitutivo che compete al giudice dell'ottemperanza.

In realtà sembra che il riconoscimento di un potere sostitutivo al giudice dell'ottemperanza sia molto meno risalente nel tempo in quanto, nel 1889, alla locuzione "giudizio di merito" si attribuiva il significato processual-civilistico della cognizione del giudice estesa al fatto e non quello amministrativistico – che doveva maturare decenni dopo – di un potere di giudizio diverso sulla base del parametro della opportunità e della convenienza⁶: ancora nel 1907 si distingueva, infatti, fra competenza della IV e della V Sezione a seconda che si ritenesse la cognizione estesa o meno

⁵ Art. 27, n.4, l. 26 giugno 1924, n. 1054, "*Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito [...] dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*".

⁶ V. POTOTSCHNIG U., "Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa", in *La giurisdizione amministrativa di merito*, Firenze, 1969, p. 29 ss.

al fatto.

L'azione per ottenere l'ottemperanza era, comunque, riservata alle decisioni del giudice ordinario, mancando un'apposita previsione relativa a quelle della giurisdizione amministrativa. Ad estendere il raggio d'azione dell'istituto ci ha pensato la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato che, con una fondamentale sentenza del 1928, estende la tutela esecutiva anche agli interessi legittimi del cittadino lesi dai provvedimenti amministrativi⁷. In questo modo, la massima autorità amministrativa assegna alla categoria degli interessi legittimi la stessa difesa dell'effettività delle pronunce giurisdizionali che, anteriormente, era riservata ai soli diritti soggettivi. La portata del sistema di ottemperanza era, comunque, decisamente ristretta e si limitava ad un'attività dichiarativa dell'inadempienza dell'amministrazione. Il potere sostitutivo veniva esercitato nei soli casi di attività vincolata della p.a. e il commissario ad acta, nominato nei casi di perdurante inerzia dell'autorità, veniva qualificato come organo straordinario dell'amministrazione, con tutte le conseguenze giuridiche sulla natura impugnatoria dei suoi atti⁸. D'altra parte il giudizio di ottemperanza veniva ritenuto ammissibile solo in presenza di assoluta inerzia o di rifiuto dell'Amministrazione: l'interposizione di un qualsiasi atto di amministrazione attiva escludeva l'azione di ottemperanza e postulava l'ordinario regime impugnatorio⁹. Il sistema, però, era coerente

⁷ V. Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181, “*sempre sta fermo il principio che logico inscindibile contenuto della pronuncia di annullamento di atto amministrativo si è la pronuncia dichiarativa della lesione da parte dell'amministrazione di un interesse giuridicamente protetto e pertanto dell'obbligo dell'amministrazione alla restaurazione del medesimo*”. Segue da tali premesse ... “*che se l'amministrazione, di fronte al giudicato amministrativo, si sia mantenuta in atteggiamento negativo, poiché la perdurante omissione dell'amministrazione sempre importa lesione di un legittimo interesse del privato, riconosciuto e dichiarato dal giudicato, bene è a ritenersi in tal caso ammissibile il ricorso del privato all'autorità giurisdizionale*”.

⁸ V. *infra* Cap. IV, Par. 4

⁹ SCOCA F., “Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennale di attività dei TAR, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, p. 270, “*Sino all'epoca*”

con la concezione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto, inidoneo ad una tutela effettiva e profonda come quella del giudice ordinario.

Il risultato raggiunto fu, comunque, di notevole importanza, avendo aperto la strada all'ottemperanza del giudicato amministrativo, consegnando al giudice quei poteri sostitutivi, pur essendo all'inizio molto limitati, necessari al corretto controllo giudiziario dell'attività amministrativa.

Il sistema di giustizia amministrativa fu, successivamente, confermato e consolidato dalla Costituzione repubblicana del 1948, la quale ha confermato, in capo al Consiglio di Stato, la coesistenza delle funzioni consultive e giurisdizionali, elevandolo ad autorità competente alla cura degli interessi legittimi, e in alcuni casi dei diritti soggettivi, vantati dai cittadini nei confronti della pubblica amministrazione¹⁰. La novità maggiore portata dalla Carta costituzionale è, senza dubbio, quella sita nell'art. 125¹¹, che ha istituito a livello regionale organi di giustizia amministrativa di primo grado. Anche la giustizia amministrativa viene, dunque, articolata in due livelli giurisdizionali, al pari di quella ordinaria.

La previsione del '48, però, dovette aspettare il 1971 per avere concreta attuazione. È dovuta, infatti, alla legge 6 dicembre 1971, n. 1034 l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali; legge che, però, non contiene tratti innovativi della disciplina, limitandosi a riportare, in gran parte, quanto già previsto dalla normativa tradizionale. In particolare, per

della istituzione dei Tribunali amministrativi la giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato riteneva che il ricorso per ottemperanza fosse inammissibile ove l'Amministrazione avesse comunque adottato nuovi provvedimenti o l'ottemperanza comportasse attività discrezionali”, sicché il processo di ottemperanza “si presentava come un tronco improduttivo”.

¹⁰ V. Art. 103, comma 1, Cost., “*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*”.

¹¹ V. Art. 125, Cost., “*Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione*”.

quanto riguarda il giudizio di ottemperanza, il comportamento del legislatore appare paradigmatico, in quanto, da un lato, riproduce la vecchia formula che testualmente si riferisce al solo giudicato del giudice ordinario, dall'altro dà per presupposta ed avallata l'innovazione giurisprudenziale della estensione dell'istituto al giudicato amministrativo, ripartendo la competenza fra TAR e Consiglio di Stato (art. 37 legge TAR).

Normativa costituzionale e normativa ordinaria sui T.A.R. sembravano dunque segnare, a prima vista, il consolidamento del sistema tradizionale di giustizia amministrativa. L'evoluzione della giurisprudenza, mostra invece una rapida e progressiva evoluzione dovuta a tutta una serie di fattori che trascendono il dato normativo. Innanzitutto, la creazione di una nuova classe di giudici amministrativi, di estrazione diversa da quella tradizione del Consiglio di Stato e sganciata da ogni funzione di consulenza, ha portato al distacco completo tra amministrazione e giustizia amministrativa. L'apparizione di nuovi enti portatori di interessi diffusi e di enti di dimensione locale, maggiormente sensibili alle istanze dei cittadini, ha portato, inoltre una maggiore richiesta di giustizia effettiva per gli interessi lesi dall'attività amministrativa.

La forza delle cose ha imposto, quindi, al nuovo giudice amministrativo di soddisfare un'esigenza di giustizia sostanziale. La richiesta, sempre crescente, montante dalla società era che egli si trasformasse da giudice dell'atto in giudice del rapporto e della pretesa per la conseguibilità nel processo amministrativo di quel "bene della vita" che dovrebbe pur essere conseguibile se è vero che l'interesse legittimo è una situazione sostanziale. Benché stretto in una giurisdizione di mero annullamento, il giudice amministrativo è riuscito ampliare le proprie potenzialità decisorie, conferendo carattere conformativo e ordinatorio alle proprie decisioni, vincolando, di conseguenza, la futura attività dell'amministrazione. Questa nuova forza impressa alle pronunce del giudice amministrativo ha, ovviamente, avuto effetti diretti nei confronti del giudizio di ottemperanza,

trasformandolo in uno strumento più articolato e adeguato all'effettiva tutela delle situazioni sostanziali.

L'evoluzione normativa è proseguita con la legge 205 del 2000 che, modificando l'art. 33 della legge TAR, ha previsto che: *“Per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all'art.27, comma1, n. 4), del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e successive modificazioni”*.

Anche la l. n. 15 del 2005 ha previsto una nuova regola in materia. Essa infatti ha introdotto, con l'art. 14, l'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990 (oggi abrogato dal Codice), che disponeva: *“E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”*.

Ma l'innovazione più importante è arrivata nel 2010, con l'approvazione del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ha inserito nel nostro ordinamento il primo Codice del processo amministrativo, che ha razionalizzato l'intera materia della giustizia amministrativa. Il Codice ha riservato all'istituto dell'ottemperanza quattro articoli (112-116), accorpendo in queste poche previsioni l'intera gamma di principi elaborati nel corso dei centocinquanta anni precedenti e inserendo l'attività volta all'attuazione del giudicato nella normale sfera procedurale del processo amministrativo, in nome di quel *“giusto processo”* richiesto dai fondamentali dettami della Carta costituzionale e della normativa comunitaria.

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: STRUTTURA E PROCEDIMENTO

1. La sentenza amministrativa e il giudizio di ottemperanza

L'analisi esegetica delle norme sul giudizio di ottemperanza presuppone dei chiarimenti circa la portata e la natura delle sentenze del giudice amministrativo, le quali rappresentano, per la loro peculiarità e capacità di intromissione nell'attività amministrativa, il presupposto più delicato per quella che sarà la successiva conformazione dell'azione di ottemperanza. La sentenza costituisce l'esito ordinario di un giudizio, il provvedimento con il quale l'organo giudicante esercita la funzione assegnatagli dall'ordinamento. La finalità cui mira questo tipo di atto è quella di garantire la certezza dei rapporti, assicurando che, nel contrasto fra gli interessi in gioco, emerga la verità richiesta dall'assetto normativo vigente. Mentre la sentenza civile si caratterizza, generalmente, come definizione di una lite tra privati, quella amministrativa si caratterizza proprio perché una delle parti della controversia è la pubblica amministrazione. Va precisato, però, che appare scorretto riferirsi ad una delle controparti con il termine generico di "pubblica amministrazione", innanzitutto perché esistono una pluralità di amministrazioni pubbliche e, in secondo luogo, perché esistono soggetti, formalmente non pubblici, che svolgono, però, funzioni di carattere pubblicistico, così come largamente evidenziato in materia di appalti¹².

¹² V. IANNOTTA R., "Osservazioni a Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1998, n. 1487", in *Foro Amministrativo*, 10, 1998, p. 321, "Il legislatore, soprattutto in materia di appalti, ha ampliato il concetto di pubbliche amministrazioni, e quindi, di atto amministrativo, senza intaccare per conseguenza le coordinate costituzionali che ai sensi degli artt. 103 e

Sarebbe, dunque, più corretto, richiamando la peculiarità del giudizio, fare riferimento alle ipotesi in cui si controverta dell'esercizio di un potere formalmente o sostanzialmente pubblicistico.

Inoltre, la sentenza amministrativa, di solito, non esaurisce la vicenda fra le parti, considerando che l'esercizio dell'attività amministrativa prosegue sia nei confronti del soggetto parte del processo, sia nei confronti dell'intera comunità.

È, dunque, evidente l'esigenza di garantire la certezza dei rapporti, cui si unisce la tutela dell'effettività della tutela. Conseguentemente, accanto alla tipica funzione endoprocessuale della sentenza, che consiste nel "fare giustizia" fra le parti, si staglia quella extraprocessuale di conformazione del futuro comportamento dei pubblici poteri, che, pur trovandoci in un sistema privo della regola dello *stare decisis*, si fa più pregnante di quanto non succeda negli altri settori giurisdizionali¹³.

Il diverso atteggiarsi del giudice dell'ottemperanza rispetto alla pronuncia giurisdizionale che si trova di fronte dipende dalle caratteristiche che quest'ultima presenta. Le sentenze, tradizionalmente, si dividono in sentenze non definitive e definitive. Nelle prime è possibile ricomprendere le sentenze interlocutorie che dispongono sull'andamento del processo e anche le sentenze parziali che decidono una parte della controversia, come, ad esempio, la questione di ammissibilità.

113 pretendono la derivazione soggettiva da una pubblica amministrazione degli atti conoscibili dal giudice amministrativo. Dalla trama normativa emerge con nettezza che anche i soggetti privati, che presentino le caratteristiche richieste dalla disciplina comunitaria e dalla legge interna di adeguamento, sono, laddove operino come amministrazioni aggiudicatrici, e quindi limitatamente agli atti della serie procedimentale di evidenza pubblica, pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, come tali deputate all'esercizio di potestà pubbliche capaci di sortire un effetto di affievolimento nei confronti delle posizioni dei partecipanti alla gara".

¹³ V. BARBAGALLO G., "Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato", in I Consigli di Stato di Francia e d'Italia, 1998, p. 233, "Legate in qualche modo allo stile sono infatti le funzioni della sentenza, quella endoprocessuale di fare giustizia fra le parti, quelle extraprocessuali di offrirsi al giudizio di tutti i soggetti dell'ordinamento, di assicurare l'interpretazione uniforme della legge (specifica dei tribunali supremi), di conformare il futuro comportamento della Pubblica Amministrazione (tipica della sentenza amministrativa)".

Le sentenze definitive, a loro volta, si dividono in sentenze di rito e sentenze di merito, che possono essere di accoglimento o di rigetto. Le sentenze sul rito, o processuali, concernono i presupposti del procedimento: se questi non esistono, non si può arrivare all'esame del merito della questione e la sentenza in rito chiude il processo.

Si è sempre discusso sull'idoneità delle sentenze processuali a passare in giudicato. Solo su un punto la giurisprudenza è concorde¹⁴: le sentenze che si limitano a regolare l'andamento del processo, come quelle che dispongono la sospensione o l'integrazione del contraddittorio, sono insuscettibili di passare in giudicato. Più problematiche sono altre eventualità, come le sentenze, apparentemente sfavorevoli al ricorrente, che, dichiarando l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, diano comunque ragione allo stesso, ad esempio perché la carenza deriva dalla non riferibilità al ricorrente del provvedimento impugnato o dalla sua inefficacia¹⁵.

È fondamentale, inoltre, comprendere il livello di stabilità che raggiungono le pronunce sul merito, che si caratterizzano per loro capacità di approfondire e valutare i contenuti delle richieste del soggetto ricorrente. Le sentenze che decidono sul merito si dividono in sentenze di rigetto e sentenze di accoglimento. Le prime respingono la richiesta del ricorrente, mantenendo la *status quo*. Anche a questo riguardo sorgono discussioni sulla capacità della pronuncia di raggiungere il giudicato. La prima tesi, sostenuta dalla giurisprudenza¹⁶, tende ad escluderla, sul rilievo che la sentenza non produce effetti modificativi o innovativi rispetto al precedente assetto dei rapporti sostanziali. La tesi opposta, sostenuta da ampia

¹⁴ V. Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 1996, n. 850; Cons. Stato, Sez. IV, 18 aprile 1994, n. 338

¹⁵ V. Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 40

¹⁶ V. Cons. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 1997, n. 305

dottrina¹⁷, tende ad aderire maggiormente ai principi generali in materia di processo: non vi è ragione di negare la formazione del giudicato, considerato che la sentenza di rigetto contiene un accertamento giudiziale della situazione di fatto e di diritto. Possono, al massimo, esserci dubbi sull'ampiezza del giudicato in relazione alla regola del dedotto e deducibile, dovendosi, comunque, preferire la tesi di chi limita il giudicato ai motivi posti a fondamento della domanda.

La sentenza di accoglimento contiene un accertamento giudiziale della situazione, generalmente connesso al potere di annullamento del provvedimento. Questo spiega la natura prevalentemente impugnatoria del processo amministrativo e la previsione del termine decadenziale. Sempre più spazio ha preso, tuttavia, la giurisdizione esclusiva concessa al giudice amministrativo, creando maggior spazio all'accertamento che sfocia in un potere di condanna.

La dottrina prevalente¹⁸ ha sempre individuato tre effetti da allegare alla

¹⁷ V. PATRONI GRIFFI F., in "Trattato di diritto amministrativo", Milano, 2000," *La sentenza di rigetto contiene un accertamento giudiziale della situazione di fatto e di diritto e su questo accertamento non vi è ragione di negare che si formi il giudicato. Del resto, si è spesso avvertito che la sentenza di rigetto deve dare al resistente la stessa utilità che il ricorrente ritrarrebbe dall'accoglimento del ricorso. Piuttosto è dibattuta, tra i fautori della tesi favorevole, l'ampiezza del giudicato in relazione alla regola del dedotto e deducibile e appare preferibile la tesi di chi precisa che, ad ogni modo, il giudicato non può che formarsi nei limiti dei motivi posti a fondamento della domanda. Può assumere rilievo ai fini del dibattito la considerazione in concreto del contenuto della sentenza. Si è osservato che talvolta le sentenze di rigetto sono scritte in modo da manifestare un giudizio sulla legittimità del provvedimento e si è avvertito che ciò che poteva apparire un'opzione afferente a una semplice tecnica di redazione della sentenza era suscettibile di avere riflessi sul piano sostanziale degli effetti della sentenza. Probabilmente, a fronte di una sentenza che consapevolmente affermi la legittimità del provvedimento, sarebbe ipotizzabile, in linea di principio, un'efficacia sostanziale di tale statuizione conseguente al giudicato. Resta da vedere se tale efficacia implichi necessariamente un limite all'intervento sulla vicenda sostanziale in via amministrativa o di autotutela: forse va ritenuto precluso l'autoannullamento per un vizio ritenuto insussistente dal giudice, mentre dovrebbero essere consentiti sia l'esercizio di potestà amministrativa completamente ex novo, sia l'autotutela per motivi di merito o in considerazione di circostanze, di fatto o di diritto, sopravvenute".*

¹⁸ Cfr. NIGRO M., Giustizia amministrativa, p. 386 ss.

portata della sentenza amministrativa: l'eliminazione del provvedimento¹⁹, il ripristino della situazione violata mediante la cancellazione degli effetti prodotti dall'atto impugnato, e, infine, il vincolo di conformazione posto all'attività amministrativa successiva. Considerazioni di natura generica, ma oramai consacrati anche dal massimo organo giudiziario amministrativo²⁰. L'accertamento giudiziale, quindi, fornisce "il contenuto dell'obbligo di ripristinare e fornisce il contenuto dell'obbligo di conformazione (ben s'intende, come effetto diretto della sentenza), perché, sotto mostra di accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura"²¹. È chiaro che l'effetto conformativo della sentenza di annullamento è tanto più efficace per quanti più sono i motivi del ricorrente accolti dal giudice; è altresì tanto più efficace per quanti più i motivi accolti non sono formali, bensì sostanziali.

Una volta ottenuto un titolo giudiziale che affermi la bontà della pretesa, il soggetto vittorioso necessita di un'attività virtuosa da parte dell'amministrazione soccombente che dia esecuzione al giudicato. L'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato proprio dalla puntuale verifica, da parte del giudice dell'ottemperanza stessa, dell'esatto adempimento dell'obbligo della parte soccombente di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione. Questa verifica deve essere portata avanti nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha

¹⁹ V. SANDULLI A. M., "Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati", Napoli, 1963, p. 412, secondo cui l'effetto delle sentenze consiste "*nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato, con la conseguente eliminazione ex tunc della sua operatività giuridica, vale a dire con la instaurazione ex tunc di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in essere*".

²⁰ V. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 19

²¹ V. NIGRO M., "Giustizia amministrativa", Bologna, 1994

costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione e comporta l'interpretazione del giudicato al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, seguendo il filo delineato dal percorso *petitum – causa petendi – motivi – decisum*.

Pertanto, in questa sede, non possono essere riconosciuti diritti nuovi ed ulteriori rispetto a quelli fatti valere e affermati con la sentenza da eseguire, né possono essere proposte domande che non siano contenute nel *decisum* della sentenza da eseguire. L'istituto riveste un'importanza fondamentale nel quadro dei diritti dei cittadini, in quanto consente la concreta realizzazione del principio generale di effettività della tutela²². Il punto è molto delicato²³ perché è nei rapporti con l'amministrazione e i suoi atti, che si caratterizzano per la loro imperatività²⁴ ed esecutorietà²⁵, che i diritti dei singoli vengono maggiormente compressi. Proprio per queste

²²S. Giacchetti, *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, Milano, 1996, p. 458, secondo cui il vero interesse delle parti non consiste “nella produzione di un pezzo di carta che, in nome del popolo italiano, pronuncia secondo diritto; ma nell'ottenere che il giudice prima stabilisca qual è la soluzione giusta e poi riesca a far cogliere all'attore vittorioso il frutto della sua vittoria”.

²³ V. LASCHENA R., “Audizione del Presidente del Consiglio di Stato”, in Lexitalia.it, 1997, “Il giudice, in sede di giurisdizione amministrativa, non deve decidere del «mio» e del «tuo», né deve stabilire semplicemente chi abbia ragione. Per raggiungere tale risultato, egli deve necessariamente operare una verifica circa la correttezza del comportamento dell'azione amministrativa in quel caso specifico. Se così non fosse, tutta l'azione dei pubblici poteri sarebbe concentrata nei giudici, cui sarebbe affidato, già in prima battuta, il compito delle scelte discrezionali, che la tradizione giuridica europea affida invece ad una fitta rete di organi amministrativi che si tende, con l'allargamento del sistema delle autonomie, a rendere sempre più rappresentativi e, quindi, responsabili.”

²⁴ V. CERULLI IRELLI V., “Corso di diritto amministrativo”, Torino, 1997, p. 365, secondo cui il contenuto dell'atto di esercizio del potere amministrativo non è il risultato della convergente volontà di tutti i soggetti interessati o almeno di tutti quelli nella cui sfera soggettiva gli effetti sono destinati a prodursi (secondo lo schema negoziale ex art. 1321 c.c.), ma il risultato della unilaterale volontà dell'autorità amministrativa titolare del potere, che a sua volta è tenuta a determinarsi in funzione esclusiva del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

²⁵ V. CERULLI IRELLI V., “Corso di diritto amministrativo”, Torino, 1997, p. 566, L'esecuzione del provvedimento amministrativo risponde ad un'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento stesso; tale esigenza si esprime, sul piano dell'esecuzione, nella c.d. esecutorietà.

particolarità il giudice dell'ottemperanza detiene un potere più profondo rispetto al giudice della cognizione, andando a interferire nel potere esecutivo, sostituendosi alle amministrazioni inadempienti²⁶. L'istituto in questione è disciplinato dal codice del processo amministrativo (Titolo I del Libro IV del D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), ed è strutturato sulla falsariga del procedimento ordinario di fronte al giudice amministrativo, con le dovute particolarità originate dalla peculiarità del rito dell'ottemperanza.

²⁶ V. Corte Cassaz., Sez. Trib., 1 dicembre 2004, n. 22565, “*Non va, infatti, trascurato che, in sede di ottemperanza, sono ammissibili statuizioni analoghe a quelle di un ordinario giudizio di cognizione, essendo in potere del giudice interpretare e eventualmente integrare il dictum costituito dal giudicato; ciò in quanto, l'oggetto del giudizio di ottemperanza si deve inquadrare nell'ambito della verifica dell'adempimento, da parte della P.A., dell'obbligo di esecuzione nascente dal giudicato, a prescindere dai residui poteri discrezionali circa le modalità di esecuzione da porre in essere, restando escluso il merito delle misure attuative del giudicato. Il giudizio di ottemperanza, in altre parole, deve tendere a rendere effettivo, mediante idonei provvedimenti, l'ordine di esecuzione contenuto nella sentenza passata in giudicato, di cui costituisce un'integrazione e un compimento. Rispetto all'esecuzione forzata, il giudizio di ottemperanza mira a garantire un'azione amministrativa conforme a una decisione vincolante soprattutto allorché questa non contenga un precetto dotato dei caratteri di puntualità e precisione propri del titolo esecutivo, come accade nel caso di sentenze aventi a oggetto un fare, ovvero di disposizioni relative ad adempimenti prodromici a un pagamento. Ed è proprio per la natura sui generis di tale giudizio, caratterizzato da un misto di poteri cognitori ed esecutivi, che il giudice dell'ottemperanza deve prioritariamente verificare il dispositivo della sentenza rimasta inapplicata per individuare gli obblighi ivi prescritti, valutare quindi la portata di tale dispositivo in una con la motivazione, per poi svolgere la tipica attività di merito dell'ottemperanza, che è quella dell'adozione di provvedimenti in luogo dell'amministrazione inadempiente, o, in diversi termini, della sostituzione coattiva dell'attività amministrativa che l'Ufficio avrebbe dovuto svolgere e non ha svolto, o ha svolto in maniera difforme dal giudicato”.*

2. Il giudice competente a decidere sull'ottemperanza

Il criterio *ante* codice per individuare il giudice competente a decidere sui ricorsi per l'ottemperanza era fondato su dinamiche territoriali. Si faceva riferimento, infatti, non all'organo da cui proveniva la sentenza, quanto, piuttosto, all'estensione territoriale dei poteri dell'amministrazione tenuta all'ottemperanza²⁷. Spettava, quindi, al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione l'amministrazione svolgeva in maniera esclusiva la propria attività.

Quando, al contrario, l'ampiezza dei poteri dell'amministrazione in questione si spostava a livello ultraregionale o nazionale, la competenza apparteneva al Consiglio di Stato²⁸.

Il riparto di competenza fra Consiglio di Stato e TAR precisato dalla legge TAR²⁹ era di tipo funzionale, visto che una scelta di carattere territoriale mal si attanagliava ai rapporti fra i due organi, che si muovevano sul territorio della giustizia amministrativa non orizzontalmente, ma verticalmente, essendo il primo sovraordinato rispetto al secondo³⁰.

²⁷ L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art.37. c.1. *“I ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria, che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico, sono di competenza dei tribunali amministrativi regionali quando l'autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del tribunale amministrativo regionale”*.

²⁸ L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art.37 c.2. *“Resta ferma, negli altri casi, la competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale”*.

²⁹ L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art.37 c.3. *“Quando i ricorsi siano diretti ad ottenere lo adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione, della cui esecuzione si tratta”*.

³⁰ BARBIERI E. M., *“Il contenuto della sentenza come criterio di ripartizione della competenza per il giudizio di ottemperanza”*, in Foro Amministrativo, 5,1980, p. 1139, *“La precisazione relativa alla competenza territoriale non può essere riferita ad una ripartizione di competenza fra il Consiglio di Stato ed i TAR, per l'ovvia ragione che i*

La situazione è cambiata solo nel 2010, con l'avvento del nuovo codice. A norma dell'articolo 113, comma 1, del codice del processo amministrativo, infatti, il ricorso riguardante le sentenze emesse dal giudice amministrativo deve essere proposto presso lo stesso giudice che ha emanato il provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza. Sono evidenti le ragioni che hanno spinto il legislatore verso questa soluzione: l'organo che ha emesso la sentenza in sede di cognizione è quello maggiormente in grado di interpretare al meglio i vincoli disposti dalla sua decisione e, di conseguenza, quello più idoneo a valutare il comportamento che la parte soccombente deve tenere. La competenza spetta quindi, a seconda dei casi, sia al TAR che al Consiglio di Stato.

E' competente, comunque, il giudice di primo grado anche nel caso di provvedimenti che vengono confermati in sede di appello, quando il contenuto dispositivo e conformativo sia il medesimo di quello di primo grado. Al Consiglio di Stato rimane, di conseguenza, la competenza sull'ottemperanza delle proprie sentenze emesse in unico grado e di quelle che vengono, anche solo parzialmente, riformate in sede di appello³¹.

rapporti tra tali organi non sono riconducibili al concetto di competenza territoriale, dato il rapporto di sovra ordinazione che corre fra l'uno e gli altri. La precisazione stessa non ha peraltro significato nemmeno se riferita soltanto ai TAR, dal momento che la competenza a decidere sul ricorso di ottemperanza consegue al fatto ormai storico ed incontestabile di avere in concreto emesso la decisione della cui esecuzione si tratta, senza che abbia più alcun rilievo l'effettiva competenza o meno del TAR che ha deciso. Non si può credere, infatti, che in sede di esecuzione riacquisti rilevanza l'originaria competenza territoriale a decidere il ricorso, per il caso che essa sia stata derogata convenzionalmente dalle parti, perché in tal caso il TAR territorialmente competente non potrebbe mai essere contemporaneamente anche l'organo che ha emesso la decisione della cui esecuzione si tratta (come invece la legge prescrive). Da queste considerazioni deriva che il richiamo contenuto nell'art. 37 comma 3 alla competenza territoriale deve necessariamente essere considerato come una svista del legislatore e che il concetto di competenza territoriale deve ritenersi del tutto indifferente ai fini dell'individuazione dell'organo competente a garantire l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato amministrativo. La competenza del Consiglio di Stato e quella del TAR che ha emesso la sentenza da eseguire si pone dunque, nei confronti degli altri Tribunali amministrativi, come una competenza funzionale che, in quanto tale, è inderogabile".

³¹ V. Cons. Stato, 20 gennaio 2009, n. 243, "Costituisce principio pacifico quello secondo cui rientra nella competenza funzionale del Consiglio di Stato il giudizio

Per quanto riguarda, invece, “*i casi di cui all’art. 112, comma 2, lettere c), d) ed e), il ricorso si propone al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l’ottemperanza*”. Anche la norma in questione, che riguarda i provvedimenti emessi da organi diversi dal giudice amministrativo, modifica il criterio applicato in precedenza. Viene così eliminato ogni riferimento ai poteri dell’amministrazione non ottemperante, spesso causa di problemi interpretativi ed organizzativi. In questo modo si è ottenuto un’importante semplificazione sia a livello di collegamento fra uffici giudiziari sia a favore degli operatori del diritto.

La competenza per il giudizio di ottemperanza ha, quindi, natura funzionale ed è, a norma dell’art. 14 c.p.a., inderogabile. Il successivo art. 16 regola il regime dell’incompetenza, stabilendo che: “*Il difetto di competenza inderogabile è rilevabile, anche d’ufficio, con ordinanza, che indica il giudice competente*”. Dunque, in primo grado il difetto di competenza è sempre rilevabile d’ufficio e può essere sollevato dalle parti il regolamento di competenza³² finché la causa non è decisa, mentre nei giudizi di impugnazione il difetto di competenza è rilevato se dedotto con specifico

sull’ottemperanza ad una propria decisione la quale, pur avendo confermato una sentenza del Tar, ne ha modificato la motivazione, con particolare incidenza sull’effetto conformativo del giudicato”.

³²Sul regolamento di competenza decide il Consiglio di Stato con ordinanza che provvede anche sulle spese. Se il regolamento di competenza è promosso da una parte processuale si applicano davanti al Consiglio di Stato i termini della tutela cautelare collegiale: la camera di consiglio è la prima successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell’ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio e possono anche costituirsi in essa, ma senza presentare memorie. In via eccezionale può essere autorizzata la tardiva presentazione di documenti ma non di memorie. Se il regolamento è attivato d’ufficio dal TAR, le parti riceveranno la comunicazione dell’ordinanza del TAR ed avranno facoltà di costituirsi davanti al Consiglio di Stato, la cui segreteria avviserà le parti costituite della camera di consiglio nella quale il regolamento sarà deliberato con dieci giorni d’anticipo. I difensori potranno chiedere di essere sentiti nella camera di consiglio e potranno depositare memorie e/o documenti sino a due giorni prima. Se viene indicato come competente un TAR diverso da quello adito, il giudizio dovrà riassumersi nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione dell’ordinanza che pronuncia sul regolamento ovvero entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

motivo³³ avverso il capo della sentenza che abbia, esplicitamente o implicitamente, statuito sulla competenza.

³³ Prima della riforma normativa la giurisprudenza riteneva ammissibile la rilevanza d'ufficio anche in appello, con una pronuncia di annullamento della decisione del TAR se da questo emessa in carenza di competenza (cfr. Cons. Stato, IV Sez., 22 maggio 2000, n. 2926). Inoltre il carattere inderogabile della competenza comportava che l'incompetenza del giudice adito potesse essere eccepita senza le forme proprie del regolamento di competenza, in quanto queste ultime trovavano applicazione solo per i casi di competenza territoriale derogabile (cfr. Cons. Stato, IV Sez., 22 giugno 2000, n. 3574)

3. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale allarga i soggetti coinvolti del giudizio di ottemperanza

Legittimate alla proposizione del giudizio di ottemperanza sono tutte le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia oggetto della domanda, in coerenza, del resto, con la nozione della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c.³⁴, posto che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa³⁵.

Legittimata passivamente è, in primo luogo, l'amministrazione inadempiente. Ciò deriva principalmente dalla ragione storica per cui è nato l'istituto dell'ottemperanza, e cioè garantire il cittadino dalla mancata soddisfazione della propria situazione giuridica da parte dei pubblici poteri. I provvedimenti del giudice amministrativo, come prevede l'art. 112 c.p.a., devono essere eseguiti non soltanto dalla pubblica amministrazione, ma anche dalle altre parti. Questo ha aperto alla strada ad un'estensione dell'istituto anche verso altri soggetti, diversi da coloro che esercitano un pubblico potere.

Con l'arrivo del nuovo codice del processo amministrativo ha ripreso corpo la questione sulla configurabilità dell'esperimento dell'azione di ottemperanza nei confronti del soggetto privato. La natura privata della parte condannata, infatti, è sempre stata un limite all'ammissibilità del giudizio in questione, stante la perenne configurazione dell'ottemperanza

³⁴ Art. 2909 c.c., *“L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”*.

³⁵ V. C. G. A., 3 marzo 2011, n. 165, *“Legittimate, in via generale ed esclusiva, alla proposizione del giudizio di ottemperanza sono tutte le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia oggetto della domanda di esecuzione, in coerenza, del resto con la nozione della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c., posto che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi o aventi causa”*.

come strumento esclusivamente dedicato a risolvere le defezioni tipiche del potere pubblico.

Del resto, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato è stata istituita proprio per consentire i ricorsi avverso l'inadempimento della pubblica amministrazione, nella tutela dei cittadini che si trovano in una posizione di soggezione rispetto ad essa³⁶. È proprio questa posizione che rende indispensabile l'istituto in esame, che risulta essere l'unico strumento a disposizione del portatore dell'interesse.

Per contro, è sempre apparso non necessario ed inutile il ricorso al giudice da parte dell'amministrazione che, attraverso l'esercizio dei poteri autoritativi, ha la possibilità di regolare autonomamente il rapporto attraverso l'emanazione di atti esecutivi ed esecutori.

Tutto ciò implica la trasposizione in chiave processualistica dell'amministrazione come parte resistente necessaria, escludendo ogni possibile configurazione in ottica privata. Di conseguenza, in sede esecutiva, non è possibile immaginare la presenza dell'amministrazione come parte ricorrente e del privato come parte inadempiente.

La granitica posizione giurisprudenziale si è, però, lentamente sgretolata,

³⁶ MARTELLO S. – PELLEGRINI R., "Origini e sviluppo del Consiglio di Stato", in *Diritto&Diritti.it*, 2001, "La nascita della Giurisdizione Amministrativa in Italia è, come noto, avvenuta con la Legge 31 marzo 1889, n. 5992, con l'istituzione, cioè, della IV sezione del Consiglio di Stato. La nuova giustizia amministrativa nasceva, secondo le linee e gli orientamenti espressi dallo Spaventa, per garantire alla Pubblica Amministrazione ed allo Stato apparato indipendenza ed autonomia dai centri di potere politico; nasceva, in sostanza, più per proteggere e tutelare direttamente gli interessi della macchina burocratica della Pubblica Amministrazione, che per tutelare le singole situazioni soggettive dei privati. Nella relazione al disegno di legge che avrebbe portato, poco più di un anno dopo, alla creazione della giustizia amministrativa, si legge come "gli innumerevoli rapporti che sorgono fra i cittadini...e lo Stato, si nell'esercizio dell'autorità, e si nell'azienda del patrimonio e dei servizi pubblici, degenererebbero nel più pericoloso arbitrio, ove non trovassero nella giustizia una salvaguardia efficace contro le molteplici influenze che potrebbero lasciarla in balia di individui, di classi, di partiti". Il sistema della giurisdizione amministrativa nasce, quindi, come risposta alle esigenze di tutela dell'azione amministrativa in uno Stato ancora troppo "giovane" per potere essere definito indipendente, sovrano ed immune da possibili attacchi di "individui, classi, partiti".

dando spazio ad interpretazioni difformi rispetto alla consolidata unidirezionalità dell'istituto. Alcune pronunce dei giudici di Palazzo Spada hanno dato risposta affermativa alla possibile esperibilità del giudizio nei confronti dei soggetti privati, sul presupposto che occorre aver riguardo dell'oggettivo esercizio da parte di questi ultimi di un potere pubblicistico. Si tratta di quei soggetti tenuti al rispetto della normativa di contabilità pubblica ovvero di quei soggetti tenuti, in forza del giudicato, al compimento di attività implicante esercizio di potestà pubbliche, come, ad esempio, i concessionari di pubblici servizi.

Il Consiglio di Stato ha successivamente ammesso l'avvio del giudizio di ottemperanza nei confronti del soggetto privato *medio tempore* subentrato nelle competenze originariamente spettanti alla pubblica amministrazione che era stata parte resistente nel processo di cognizione³⁷. Se è stata ammessa l'azione nei confronti di un soggetto privato succeduto alla P.A. resistente, non dovrebbero esserci ostacoli logici per l'ammissione di un

³⁷ V. Cons. Stato, Sez. VI, Sent. 5 aprile 2006, n. 1776, “*Il giudicato si è formato nei confronti di un soggetto privato, in quanto l'appello era stato proposto dalla Circumvesuviana s.r.l., che era però subentrata nel corso del giudizio a una pubblica amministrazione - quale la Gestione commissariale governativa della Circumvesuviana - nei cui confronti era stata pronunciata la sentenza di primo grado. Il giudicato, inoltre, ha ad oggetto obblighi sorti in un periodo in cui il soggetto debitore era una pubblica amministrazione e costituisce una sorta di fattispecie a formazione progressiva, in quanto è stato accertato l'an ma non ancora il quantum, non essendo stato indicato il criterio da seguire ai fini della liquidazione; criterio che ben può essere stabilito dal giudice amministrativo nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Il che rende oltremodo problematico l'esperimento di un giudizio esecutivo innanzi al giudice ordinario.*”;

Cons. Stato, Sez. VI, Sent. 21 novembre 2006, n. 6818, “*Il ricorrente, dipendente della detta Gestione, aveva agito nei confronti della stessa, innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Calabria, per conseguire l'accertamento del diritto al pagamento delle ore straordinarie prestate in eccedenza rispetto all'ammontare forfetario di 40 ore settimanali: si trattava, quindi, di una controversia di pubblico impiego portata innanzi al giudice naturale in sede di giurisdizione esclusiva. Orbene, il giudicato, ancorché formatosi nei confronti della S.r.l. Ferrovie della Calabria, ha ad oggetto obblighi sorti in un periodo in cui il soggetto debitore era una pubblica amministrazione e costituisce una sorta di fattispecie a formazione progressiva, in quanto la sentenza di cui si chiede l'esecuzione ha accertato l'an ma non il quantum, non essendo stato individuato, in quella sede, il numero di ore da calcolare, ai fini del computo delle spettanze. Poiché tale individuazione ben può essere compiuta dal giudice amministrativo nell'ambito del giudizio di ottemperanza, deve escludersi l'esperimento di un giudizio esecutivo innanzi al giudice ordinario.*”.

analogo intervento del giudice amministrativo in funzione esecutiva nei confronti del soggetto privato che è stato già parte nel processo di cognizione nel quale si è formato il giudicato.

Un'importante decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato del 2010³⁸ ha, poi, anticipato ciò che sarà, da lì a pochi mesi, trascritto nel codice. Nel caso in questione, l'Amministrazione appellante aveva fatto domanda per la restituzione di determinate somme versate a favore del soggetto privato (nel caso in specie un collaboratore di giustizia), ottenendo dalla Corte l'accoglimento della pretesa sulla base del principio secondo cui anche l'Amministrazione, e non solo il ricorrente privato, può chiedere l'esecuzione del giudicato amministrativo.

Fondamentale punto d'arrivo è la disposizione di apertura del Titolo I del libro IV del codice del processo amministrativo dedicato al giudizio di ottemperanza che, all'art. 112, esordisce affermando che: *“i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti”*.

La norma in questione si caratterizza fondamentalmente per tre aspetti:

- a) innanzitutto perché codifica l'obbligo di esecuzione delle sentenze amministrative, coronando il percorso iniziato nel 1865 con l'art. 4 della L. 2248, all. E;
- b) successivamente perché estende l'obbligo di esecuzione anche alle *“altre parti”* che hanno partecipato al processo nel quale il giudicato si è formato, includendo, in ipotesi, anche le parti private
- c) infine rende possibile il collegamento con la norma posta nel comma successivo, che individua l'oggetto del giudizio di ottemperanza, realizzando un collegamento che rende proponibile il giudizio anche nei confronti dei soggetti diversi dalla pubblica amministrazione.

³⁸ V. Cons. Stato, Sez. VI, Sent. 6 luglio 2010, n. 4290

È da notare, inoltre, che inteso in modo allargato, il giudizio di ottemperanza si manifesta maggiormente aderente a quel principio di effettività della tutela previsto nella parte iniziale del codice, che per espressa previsione “(..) è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi” (art. 7, co. 7, c.p.a.). Sarebbero principi vani se non si concedesse al giudice amministrativo – una volta emessa la sentenza - il potere di intervento esecutivo solo perché l’inadempimento proviene dalla parte privata.

Al riguardo è interessante evidenziare il recente indirizzo seguito dal TAR Catania che, con una recente sentenza (n. 1312 del 24 maggio 2012) ha ritenuto ammissibile l’azione di esecuzione del giudicato nei confronti di un soggetto privato, controinteressato nel precedente giudizio di cognizione. Osservano i giudici siciliani che, a seguito dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, viene introdotto un elemento testuale (il sopraccennato art. 112, primo comma) che induce a ritenere ammissibile l’azione proposta nei confronti del privato, realizzando appieno quel principio di effettività oramai cardine dell’intero settore processualistico. In senso contrario, si sono espressi, invece, il TAR Lazio – Latina³⁹ e il TAR Valle d’Aosta⁴⁰ che hanno negato l’estensione del giudizio di ottemperanza ai soggetti privati. In particolare, il tribunale di Latina, facendo leva sulla natura societaria del soggetto privato, ha considerato inequivalenti le posizioni di una società privata e di un ente pubblico, in quanto nel primo caso non viene in rilievo una controversia concernente l’esercizio di poteri pubblici e, di conseguenza, non è possibile per il giudice sostituirsi – direttamente o tramite commissario – alla società.

Il TAR Valle d’Aosta ha escluso la propria giurisdizione in quanto ha affermato che il sistema di tutela previsto dagli artt. 112 ss. c.p.a. “*mal si*

³⁹ TAR Lazio, Latina, sez. I, 15 luglio 2011, n. 602

⁴⁰ TAR Valle d’Aosta, sez. I, 27 luglio 2011, n. 52

attaglia ad una controversia tra privati, in quanto costruito sulla necessità di assicurare che la pubblica amministrazione inadempiente provveda all'esecuzione della decisione”, e ha aggiunto che “l'ordine del giudice di ottemperare alla sentenza passata in giudicato, pur accompagnato dalla prescrizione delle relative modalità, qualora rivolto ad un soggetto privato finirebbe per non costituire altro che il contenuto di una sentenza di condanna, non altrimenti eseguibile che attraverso gli ordinari strumenti di cui al libro III del codice di rito civile”.

Ma, come afferma autorevole dottrina⁴¹, l'interpretazione più corretta appare quella secondo cui anche i soggetti privati hanno l'obbligo di eseguire il giudicato. E, soprattutto, se si accetta la teoria che parte resistente nel processo possa essere anche un soggetto privato, come è attualmente previsto dall'art. 42 c.p.a. che consente la proposizione del ricorso incidentale genericamente alle parti resistenti in giudizio.

Ulteriori conferme si trovano anche nei lavori preparatori del codice che, in una norma poi espunta dal testo finale, indicava tra le parti innanzi al giudice amministrativo la pubblica amministrazione o altro soggetto resistente.

Sembra, dunque, consentito affermare che il giudizio di ottemperanza ha assunto carattere generale rispetto ai soggetti parti del giudizio di cognizione. La tradizionale visione di uno strumento dedicato alla “lotta” del cittadino avverso i soprusi del potere statale sembra oramai un ricordo del passato, nel rispetto del tanto agognato principio di parità delle parti che deve valere per entrambe la parti in gioco.

⁴¹ V. AMADEO R. – GIANNINI D. “Il giudizio di esecuzione” in “Manuale di diritto processuale amministrativo” 2012, Roma, p. 1094 ss.

4. La proposizione del ricorso evidenzia il rispetto del principio del contraddittorio

Costante interpretazione giuridica riconosce all'azione di ottemperanza il termine ordinario decennale tipico dell'*actio iudicati*, ossia dell'azione che ha lo scopo di ottenere l'adempimento dei doveri nascenti dal giudicato. Nel codice attualmente in vigore, è l'art. 114, primo comma, che cristallizza il termine di prescrizione di dieci anni dal passato in giudicato della sentenza, non essendo previsto, dunque, al riguardo alcun termine di decadenza, coerentemente anche con il carattere non impugnatorio dell'istituto.

Il giudizio di ottemperanza prende piede con la proposizione del relativo ricorso, che avviene nelle forme ordinarie, e perciò va notificato all'Amministrazione⁴² e a tutte le altre parti del giudizio di merito. Come ripetutamente sottolineato dalla Corte Costituzionale⁴³, infatti, la circostanza che si tratti di un giudizio di esecuzione non indebolisce l'esigenza di garanzia del contraddittorio. Principio del contraddittorio che, essendo coperto da norme inderogabili, renderebbe inammissibile l'eventuale mancanza della notificazione alle parti. Nel giudizio di ottemperanza il compito è facilitato dalla presenza in una sentenza che già individua la parti a cui va inviata la notificata, evitando così eventuali difficoltà che si possono affrontare nella ricerca delle altre parti, in particolare dei controinteressati.

Si è raggiunto, dunque, uno degli obiettivi fondamentali del codice del processo amministrativo, e cioè equilibrare i rapporti fra le parti,

⁴² V. Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6564, "*È pacifico che la salvaguardia del principio del contraddittorio in tanto potrà dirsi rispettata, in quanto l'Amministrazione sia stata posta in condizione di avere contezza della proposizione del ricorso e degli elementi essenziali della questione controversa attraverso la notifica del ricorso introduttivo, ovvero - quanto meno - attraverso lo strumento della comunicazione ad opera della Segreteria*".

⁴³ V. Corte Cost. 30 novembre 2005, n. 441; Corte Cost. 10 marzo 2006, n. 100

garantendo anche in un rito speciale come l'ottemperanza il rispetto delle posizioni dei soggetti interessati⁴⁴. Ciò che, tuttavia lascia perplessi è l'eliminazione dell'inciso "salvo integrazione" dopo la prescrizione dell'obbligo di notifica, presente nella prima versione del codice. Sembra, comunque, potersi riferire ad una svista del legislatore, ferma restando la possibilità di integrazione successiva del contraddittorio qualora la notifica sia stata omessa per alcune delle parti, sempre che non si siano verificate delle decadenze, ai sensi di quanto disposto dall'art. 27, comma 2, c.p.a.⁴⁵, avente valenza generale⁴⁶.

Dubbi sorgono riguardo alla notifica nei confronti dei soggetti privati. In particolare ci si chiede se il luogo dove deve essere notificato il ricorso equivale al domicilio eletto nella sentenza da ottemperare o se si deve fare riferimento al domicilio reale. La soluzione preferibile è la seconda, in quanto appare scorretto considerare il giudizio di ottemperanza come una continuazione del giudizio di cognizione⁴⁷. Il primo, infatti, viene, oramai

⁴⁴ V. TAR. Lazio, sez. III, 23 novembre 2001, n. 10068, "*Anche nella fase dell'esecuzione del giudicato deve essere assicurato il rispetto del principio del contraddittorio; pertanto, il ricorrente deve notificare il ricorso sia all'amministrazione intimata sia al soggetto che originariamente rivestiva la qualità di controinteressato. La necessità di garantire l'osservanza del principio del contraddittorio anche nel procedimento per l'esecuzione del giudicato è frutto di un mutamento giurisprudenziale; pertanto, in considerazione della diversa interpretazione fornita in passato sul punto, può essere riconosciuto l'errore scusabile nel caso in cui il ricorso introduttivo non sia stato notificato anche all'amministrazione intimata e al contro interessato*".

⁴⁵ Art. 27, comma 2, c.p.a., "*Se il giudizio è promosso solo contro alcune delle parti e non si è verificata alcuna decadenza, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle altre entro un termine perentorio. Nelle more dell'integrazione del contraddittorio il giudice può pronunciare provvedimenti cautelari interinali*".

⁴⁶ V. TAR Sardegna, Sez. II, 12 giugno 2012, n. 610, in cui la corte dichiara improcedibile il ricorso per mancato adeguamento al dovere di integrazione del contraddittorio stabilito in una precedente decisione dello stesso tribunale.

⁴⁷ In questo senso v. Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1060, "*Si ritiene che correttamente il ricorso per l'ottemperanza sia stato notificato alla parte controinteressata nel domicilio reale anziché in quello eletto presso il difensore nella fase cognitoria del giudizio, senza previa diffida all'amministrazione. A riguardo, il giudice di primo grado ha posto in luce l'autonomia del giudizio di ottemperanza rispetto a quello conclusosi con la sentenza di annullamento azionata (poi confermata in secondo*

pacificamente, considerato indipendente rispetto al secondo, stante l'assoluta diversità di oggetto dei due procedimenti.

Altra problematica è quella relativa alla possibilità, ammessa dalla giurisprudenza, di proporre ottemperanza nei confronti di soggetti o di un ente che non sia stato parte del giudizio da eseguire, ad esempio quanto succede nel caso di condanna a corrispondere all'avente diritto una prestazione pecuniaria, che deve essere erogata da altra pubblica amministrazione, ancorché formalmente estranea al giudicato. Su questo punto, come confermato dalla giurisprudenza⁴⁸, sembra potersi dare risposta

grado dalla decisione del Consiglio di Stato n. 1778/2011), nonché il superamento dell'obbligo di preventiva diffida per effetto dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Su tali conclusioni concorda pienamente il Collegio, osservando che l'azione di annullamento e quella di ottemperanza sono azioni autonome, fondate l'una sull'accertamento di una lesione di un interesse pretensivo od oppositivo, l'altra, con cognizione estesa al merito, sull'inadempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi sorti in virtù della sentenza, sottoposte l'una al termine di decadenza, l'altra a quello di prescrizione dell'actio iudicati. Tale autonomia è ancor più oggi accentuata dall'obbligo introdotto dall'art. 114 c.p.a. (entrato in vigore anteriormente all'instaurazione del giudizio di ottemperanza e, pertanto, ad esso applicabile) di notificazione, previamente al deposito, del ricorso in ottemperanza a tutte le parti del giudizio, con superamento della necessità della previa diffida, sul modello del ricorso ordinario e nel solco della più recente giurisprudenza amministrativa (Cons. St. Sez. IV, 18.12.2008, n. 6368) che ha sottolineato la necessità di pienezza del contraddittorio. L'autonomia dei giudizi non viene meno in conseguenza della natura mista - di cognizione e di esecuzione - del giudizio di ottemperanza, quando la regola posta dal giudicato amministrativo necessita un'esplicitazione o un completamento da parte del giudice dell'ottemperanza (c.d. giudicato a formazione progressiva cfr. Cons. St. Sez. VI, 16.12.2010, n. 9101; 16.10.2007, n. 5409), in quanto l'azione diretta ad ottenere la conformazione del successivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione alle regole contenute nella sentenza passata in giudicato (o anche semplicemente esecutiva) rimane un rimedio, soltanto eventuale, diretto ad affermare il diritto all'ottemperanza della parte vittoriosa, similmente a quanto avviene per il diritto all'esecuzione nel processo di esecuzione dinanzi al G.O., nel caso di inadempimento agli obblighi scaturenti dalla decisione (sull'autonomia delle due azioni cfr. Cass. SS.UU. 24.12.2009, n. 27348; Sez. I, 23.1.2009, n. 1732). Ne discende che correttamente il giudizio di ottemperanza, in quanto nuovo giudizio, è stato instaurato mediante notificazione del ricorso alla parte nel proprio domicilio reale, non rilevando l'elezione di domicilio effettuata relativamente alla sola fase cognitoria”.

⁴⁸ V. TAR Campania – Napoli, Sez. II, 7 gennaio 2011, n. 13, “Deve rilevarsi che non sarebbe preclusiva la contraria ipotesi in cui l'Ente non fosse stato evocato in giudizio, atteso che, qualora un giudicato abbia condannato l'autorità amministrativa a corrispondere all'avente diritto una prestazione pecuniaria, che dev'essere erogata da altra pubblica amministrazione, l'autorità soccombente deve assicurare che l'amministrazione erogativa, ancorché formalmente estranea al giudicato, corrisponda le somme dovute (C. stato, Sez.IV, 17.4.1990, n.268). Il ricorso per ottemperanza può

affermativa in quanto, tenendo presente il carattere peculiare dell'istituto e cioè dare effettività alle pronunce giurisdizionali, non si deve collegare l'interesse del soggetto al singolo atto lesivo, ma occorre far riferimento all'intero rapporto con l'amministrazione. Fare il contrario equivarrebbe a sacrificare, in nome di un sterile formalismo, i diritti fondamentali del singolo cittadino.

Infine, unitamente al ricorso deve essere depositato in copia autentica il provvedimento per cui si chiede l'ottemperanza, con l'eventuale prova del suo passaggio in giudicato. Non è, invece, necessaria la notifica della sentenza, anche se per motivi di sicurezza per gli operatori del diritto è sempre meglio effettuarla.

essere esperito anche nei confronti di un soggetto pubblico che sia stato estraneo al giudizio di merito, quando tale soggetto venga chiamato a porre in essere un'attività vincolata o adempitiva in fase di esecuzione del giudicato, avuto riguardo al carattere peculiare del rimedio, che è quello di essere preordinato a garantire la completa attuazione del contenuto decisorio della sentenza (C. Stato, Sez.VI, 6.5.1997, n.690). Invero non ignora il Collegio l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale deve considerarsi "inammissibile il ricorso per l'esecuzione del giudicato, quando sia stato proposto nei confronti di un'amministrazione che non sia stata parte nel giudizio conclusosi con la sentenza di cui si deduca il mancato adempimento. Infatti, il giudizio di ottemperanza presuppone che l'amministrazione, cui si rivolge la statuizione giudiziale, non abbia soddisfatto la pretesa di colui che abbia conseguito la sentenza favorevole e può essere proposto solo quando l'amministrazione non abbia dato esecuzione ad un "dictum" giudiziale, contenuto in una sentenza che abbia disposto la sua soccombenza. (Consiglio Stato, sez. VI, 31 maggio 2006, n. 3320). Detto insegnamento non è tuttavia predicabile nel caso di specie, ove assume nodale importanza la considerazione che – con riguardo alle pretese prospettate in sede di giudizio cognitorio -pacificamente si rientrava nella giurisdizione esclusiva del plesso giurisdizionale amministrativo. Si era in presenza, quindi, di un giudizio non limitato all'atto, ma esteso al rapporto. Ed a questo proposito, deve evidenziarsi che costituisce affermazione consolidata, in giurisprudenza, quella per cui "nell'ambito della giurisdizione esclusiva il giudicato sul rapporto controverso si estende, oltre che sulle questioni effettivamente proposte in giudizio (dedotto), anche quelle deducibili in via di azione ed eccezione (deducibile) che costituiscono precedenti logici essenziali e necessari alla pronuncia".

5. Dubbi interpretativi sul patrocinio obbligatorio

Problematiche interpretative sorgono riguardo alla corretta applicazione delle norme sul patrocinio legale nel giudizio di ottemperanza.

A far da guida in questo campo, vi è l'art. 22 c.p.a.⁴⁹. che esprime chiaramente l'obbligo del patrocinio di avvocato nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali. Lo stesso accade per le vertenze di fronte al Consiglio di Stato, per le quali è obbligatorio il ministero di un avvocato ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori. La norma in questione fa salvo quanto previsto dal seguente art. 23, che disciplina la difesa personale delle parti. Nello specifico⁵⁰ la norma consente di stare in giudizio personalmente in una serie di giudizi particolari, tra cui quelli in materia di accesso.

Il riferimento alla materia in generale farebbe propendere per l'inglobamento anche del giudizio di ottemperanza, considerato come il lato esecutivo della materia in questione. Di conseguenza sarebbe ammissibile permettere una difesa personale, considerando il procedimento di ottemperanza sul diritto di accesso facente parte della materia diritto d'accesso. A favore di questa tesi giova l'art. 95, comma 6, che, in materia di impugnazioni, espressamente prevede l'inapplicabilità del primo comma dell'art. 23⁵¹⁵². È proprio questa deroga esplicita, assente riguardo

⁴⁹ Art. 22 c.p.a. “ *Salvo quanto previsto dall’ articolo 23, nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali è obbligatorio il patrocinio di avvocato .
Per i giudizi davanti al Consiglio di Stato è obbligatorio il ministero di avvocato ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori .
La parte o la persona che la rappresenta, quando ha la qualità necessaria per esercitare l’ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore.*”

⁵⁰ Art. 23 c.p.a. “*Le parti possono stare in giudizio personalmente senza l’assistenza del difensore nei giudizi in materia di accesso, in materia elettorale e nei giudizi relativi al diritto dei cittadini dell’Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.*”

all'istituto dell'ottemperanza, che fa propendere verso l'applicabilità della norma sulla difesa personale anche a quest'ultimo.

La deroga al principio generale di obbligatorietà del patrocinio legale appare riferibile solo per i giudizi di fronte al TAR, mentre per quelli pendenti di fronte al Consiglio di Stato non è prevista nessuna eccezione. L'inciso "salvo quanto previsto dall'articolo 23" è, infatti, presente solo al primo comma dell'art. 22, e non sembra estendibile al comma successivo. Del resto ciò è coerente con il principio secondo cui di fronte ad un organo superiore di magistratura sia necessaria la presenza del legale, sia per ragioni di competenza professionale sia per il carattere di "ultima decisione".

⁵¹ La norma in questione appare come una semplice ripetizione dell'art. 22 c.p.a., che già prevede l'inapplicabilità della difesa personale di fronte al Consiglio di Stato e, quindi, in sede di impugnazione.

⁵² La disciplina sembra illogica (ROMANO S.A.) vista l'impossibilità di ampliare in sede di impugnazione i motivi di appello

6. Sparisce un punto cardine dell'azione di ottemperanza: la messa in mora

Fin dal regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato (R.D. n. 642/1907), la parte interessata era tenuta a notificare, anteriormente alla proposizione del ricorso, un atto di messa in mora all'amministrazione inadempiente. L'atto in questione doveva contenere una diffida ad adempiere nel termine di 30 giorni, pena la presentazione del ricorso di ottemperanza. La diffida doveva essere notificata solo dopo il passaggio in giudicato della decisione per cui era chiesto l'adempimento, altrimenti il ricorso era ritenuto inammissibile.

L'unica possibilità di notifica prima del consolidamento del giudicato era riservata alle sentenze esecutive non sospese dal giudice amministrativo. Ciò era consentito sia per la vicinanza concettuale e funzionale del giudizio di ottemperanza con il giudizio di esecuzione, sia per semplicità probatoria, dovendosi raggiungere, attraverso la diffida, la ragionevole prova dell'inadempimento dell'amministrazione.

L'atto di diffida⁵³ ha costituito, quindi, per lungo tempo condizione di ammissibilità del ricorso di ottemperanza. La sua funzione precipua era quella di informare l'amministrazione del proposito di intraprendere l'azione esecutiva, consentendo l'esecuzione spontanea ed evitando, in tal modo, l'intervento del giudice. Non è, comunque, mancato chi ha deposto per l'assimilazione dell'atto di diffida all'atto di precetto di cui all'art 480 del codice civile. Al riguardo, la giurisprudenza si è pacificamente adagiata su questa assimilazione, almeno sul piano funzionale, considerando determinante la caratteristica, presente in entrambi gli atti, di fornire la

⁵³ L'atto in questione era un atto stragiudiziale, e, di conseguenza, non era ritenuta valida la notifica effettuata presso il domicilio del giudizio, dovendosi far riferimento alla sede reale dell'amministrazione. La notifica non era, altresì, valida se effettuata presso l'Avvocatura dello Stato, visto che la diffida non era considerata un atto processuale, ma un atto negoziale, sito al di fuori del processo, che incide sul rapporto sostanziale tra le parti, diretto a rendere inequivocabile la volontà della p.a. di non adempiere.

dichiarazione di volontà di portare avanti la pretesa esecutiva. Nonostante ciò, la giurisprudenza è sempre stata ferma nel ritenere insostituibile l'atto di diffida con l'atto di precetto⁵⁴.

La messa in mora non si riteneva necessaria nei casi in cui la stessa amministrazione dichiarava esplicitamente la volontà di non adempiere, oppure quando il rifiuto emergeva da un comportamento chiaro ed inequivocabile, o, infine, nei casi di elusione del giudicato.

Il codice del processo amministrativo ha sostanzialmente rivoluzionato questo meccanismo, espungendo dal sistema l'obbligo di diffida. L'eliminazione totale di questo onere è dovuta essenzialmente a motivi di economicità e celerità. Ma è anche dovuto alla sua sopraggiunta inutilità, una volta arrivata l'introduzione nel codice della previa notificazione del ricorso per ottemperanza⁵⁵. In questo modo il ricorrente ha la possibilità di adire direttamente il giudice dell'ottemperanza senza dover aspettare le lungaggini di un'eventuale azione amministrativa inadempiente, garantendo comunque l'effettività del principio del contraddittorio, che regola i rapporti fra le parti.

⁵⁴ V. Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 1993, n. 688, *“L'atto di precetto, notificato alla pubblica amministrazione perché questa adempia a quanto prescritto nella decisione passata in giudicato, non può validamente sostituire l'intimazione ad adempiere, allorché esso non contenga la minaccia di utilizzare il giudizio di ottemperanza”*.

⁵⁵ Relazione al testo finale del d. lgs. 104/2010, *“L'introduzione della previa notificazione del ricorso per ottemperanza ha reso non più necessario l'adempimento, finora prescritto, della previa diffida e messa in mora. Tale adempimento rimane, pertanto, una facoltà rimessa alla scelta della parte”*.

7. Il procedimento e la sentenza risentono della giurisdizione estesa al merito

In materia di ottemperanza, il giudice amministrativo gode di una giurisdizione esclusiva ed estesa al merito, avendo così la facoltà e il potere di sostituirsi all'amministrazione inadempiente. Il processo si svolge secondo le regole generali stabilite per il giudizio di cognizione.

Come precisa l'articolo 87 c.p.a., il giudizio di ottemperanza fa parte dei procedimenti che si trattano in camera di consiglio, e, conseguentemente, tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli ordinari.

Sul ricorso, le decisioni adottate dal giudice possono essere sia di rito che di merito. Le prime si sostanziano nell'irricevibilità per tardività e nell'inammissibilità per difetto delle condizioni dell'azione (mancanza di un giudicato, difetto di interesse, difetto di legittimazione, etc.).

Le pronunce di merito sono tre. Innanzitutto vi è la sentenza che dichiara l'improcedibilità per sopravvenuta cessazione del contendere (art. 34, u.c., c.p.a.)⁵⁶, nei casi in cui l'amministrazione decide di dare esecuzione al giudicato in corso di causa, dando soddisfazione all'interesse del ricorrente; in secondo luogo, vi è la sentenza di rigetto, nei casi in cui manca l'inottemperanza; e, infine, vi è la sentenza di accoglimento, con la quale il giudice può prescrivere le azioni necessarie a garantire l'ottemperanza.

Per la precisione, a norma dell'art. 114 c.p.a., il giudice che accoglie il ricorso può:

- a) ordinare l'ottemperanza, prescrivendone le modalità, anche determinando il contenuto del provvedimento da emanare o, nel caso, emanandolo in luogo dell'amministrazione;

⁵⁶ Art. 34, u.c., c.p.a. *“Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere”*.

- b) determinare le modalità esecutive delle sentenze non passate in giudicato, eliminando eventuali atti emessi in violazione o elusione, tenendo conto degli effetti che ne derivano;
- c) nominare, se necessario, un commissario ad acta
- d) fissare, su richiesta di parte, una sanzione pecuniaria per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione
- e) fornire chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza nel caso di ricorsi previsti dal comma 5 dell'articolo 112.

Il giudice si pronuncia sul ricorso sempre con una sentenza in forma semplificata. Egli provvede con ordinanza solo nei casi in cui è richiesta l'esecuzione di un'ordinanza. La norma evidenzia le ampie possibilità concesse al giudice dell'ottemperanza, avendo assegnato allo stesso tutta una serie di poteri idonei ad incidere profondamente nelle scelte amministrative, realizzando appieno l'effettività della tutela del soggetto lesso dai provvedimenti amministrativi lesivi. Ciò in ossequio ad una giurisdizione che l'art. 134 c.p.a. estende al merito, con conseguente aumento delle facoltà cognitive dell'organo giudicante⁵⁷.

⁵⁷ V. CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., “Manuale di diritto amministrativo”, 2011, “*La fattispecie principale di giurisdizione estesa al merito resta il giudizio di ottemperanza e ciò è confermato dall'indicazione come prima fattispecie delle controversie aventi ad oggetto “a) l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV”*”. È questo il caso principale in cui il giudice amministrativo, anche attraverso l'ausilio del commissario ad acta, esercita poteri anche di merito in luogo dell'amministrazione”.

8. I rimedi avverso le decisioni del giudice dell'ottemperanza

La peculiarità del giudizio di ottemperanza aveva portato i giudici di Palazzo Spada⁵⁸ ad escludere l'appellabilità delle decisioni del giudice amministrativo, stante la funzione esaustiva di questa fase processuale, tale da consentire lo svolgimento in un unico grado.

Solo successivamente, grazie alla distinzione tra sentenze non consistenti in attività sostitutiva e sentenze di attuazione della pronuncia passata in giudicato, il Consiglio di Stato ha cambiato orientamento. È stata, così, ammessa la possibilità di appellare le decisioni riguardanti la ritualità dello stesso giudizio di ottemperanza, o concernenti l'avvenuta o non avvenuta esecuzione del giudicato. In sostanza, l'appello era ammesso se proponeva questioni di natura cognitoria, relative all'esatto significato e la portata della sentenza da eseguire⁵⁹.

⁵⁸ V. Cons. Stato, Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, “*Si evince che in tema di ottemperanza al giudicato il criterio seguito dalla legge non è quello del doppio grado, ma quello dell'unico grado di giudizio. Tale conclusione è rafforzata dal sistema espressamente accolto dalla legge per i procedimenti di ottemperanza attribuiti alla competenza del Consiglio di Stato. Ma alla stessa conclusione si deve pervenire anche per i casi attribuiti alla competenza del TAR, non potendosi ritenere, nel silenzio della legge e in assenza di una sicura ragione differenziatrice, che per alcune ipotesi il procedimento possa svolgersi in due gradi di giudizio e per altre, invece, debba concludersi in uno solo. La soluzione contraria introdurrebbe un diverso regime processuale per statuizioni (che si traducono in provvedimenti) della medesima natura e che si collocano funzionalmente nella stessa fase conclusiva del processo, essendo a questo riguardo indifferente il fatto che il procedimento di ottemperanza si svolga presso un Tribunale amministrativo o presso il Consiglio di Stato, che l'autorità che deve ottemperare sia o meno un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del Tribunale amministrativo regionale, che la sentenza da eseguire sia stata o non appellata e, se appellata, sia stata riformata o confermata*”.

⁵⁹ V. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2856 “*Osserva la Sezione che l'appello avverso le sentenze pronunciate dal T.A.R. sui ricorsi di ottemperanza al giudicato che rientrano nella sua competenza sono ammissibili, secondo principi già espressi in modo pacifico dalla giurisprudenza amministrativa, unicamente quando tali sentenze concernano questioni attinenti alla ritualità dello stesso giudizio di ottemperanza, all'avvenuta o non avvenuta esecuzione del giudicato ovvero al carattere elusivo o meno dei provvedimenti adottati dall'amministrazione in esecuzione del giudicato. L'appello al Consiglio è ammesso, cioè, quando propone questioni di natura cognitoria, concernenti l'esatto significato e la portata della sentenza da eseguire (VI, 2.4.1998, n. 404; V,*

È stata, invece, esclusa la facoltà impugnatoria nei casi in cui la sentenza ha disposto, sostituendosi all'amministrazione, le misure esecutive del giudicato di carattere tecnico, oppure nei casi in cui la sentenza emessa in sede di ottemperanza risulti contenere disposizioni meramente attuative del pronuncia giurisdizionale passata in giudicato.

Il quadro generale è cambiato con l'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo. In base all'ottavo comma dell'articolo 114 c.p.a., le disposizioni relative al Titolo I del Libro Quarto trovano applicazione anche per le impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza. I termini sono quelli previsti dal Libro III sulle impugnazioni in generale (art. 114, comma 9).

Si tratta di norme sintetiche e piuttosto lacunose, che lasciano insoluti alcuni problemi interpretativi. In particolare, è da capire se la giurisprudenza adotterà la linea restrittiva sull'appellabilità sopra citata, o se, invece, in mancanza di indicazioni precise, preferirà una visione estensiva, consentendo l'impugnazione di tutte le decisioni prese dal giudice in sede di ottemperanza.

La tesi maggiormente accettabile sembra essere la prima, legandosi anche al termine "giurisdizionali" presente nell'art. 114, comma 8, che sembra implicare la necessità di garantire l'appellabilità solo alle sentenze che non contengono disposizioni meramente attuative del giudicato⁶⁰.

Da ultimo, si è espresso il Consiglio di Stato⁶¹ che ha confermato la tesi

6.10.1999, n. 1329; 10.2.1998, n. 153) e non quando riguardano sentenze che hanno disposto, in sostituzione dell'amministrazione, le misure meramente esecutive del giudicato di carattere tecnico."

⁶⁰ Parzialmente differente è la posizione di TRAVI A., in "Lezioni di giustizia amministrativa", 2012, secondo cui "Il codice non dispone espressamente in proposito; estende però all'impugnazione delle pronunce del giudice dell'ottemperanza la stessa disciplina prevista per il giudizio di ottemperanza. Il parallelismo così istituito fra i due gradi del giudizio sembra postulare che l'appello al Consiglio di Stato possa riguardare ogni pronuncia del giudice di primo grado".

maggioritaria, accettando l'impugnazione solo nei casi in cui la decisione accolta in sede di ottemperanza non investa mere questioni esecutive. Ciò, sottolineano i giudici, in base al codice del processo amministrativo che, in applicazione dell'art. 125 Cost., prevede l'appellabilità di ogni sentenza di primo grado, anche se resa in sede di ottemperanza.

Per quanto riguarda gli altri mezzi di impugnazione, la revocazione è astrattamente ammissibile. Non è, però, configurabile come vizio per la revocazione l'eventuale contrasto di giudicati tra la decisione definitiva in sede cognitoria e quella in sede di ottemperanza, avendo le due pronunce differente oggetto. In passato si considerava esistente tra ottemperanza e revocazione ordinaria un rapporto di pregiudizialità, poiché la sentenza ancora sottoponibile a revocazione ordinaria non rappresentava una sentenza passata in giudicato⁶². Allo stesso modo, si riteneva che l'ottemperanza di una decisione sottoposta a revocazione straordinaria, pur essendo proponibile, doveva arrestarsi per pregiudizialità in pendenza del giudizio revocatorio, per l'incertezza che pendeva sulla sorte a cui era destinata la sentenza⁶³.

Oggi l'ammissibilità dell'azione di ottemperanza per le sentenze non ancora

⁶¹ V. Cons. Stato, VI Sez, 15 febbraio 2012, n. 759, “*Il Collegio ritiene di dover sottolineare, in primo luogo, non solo la pacifica impugnabilità delle sentenze emesse in sede di ottemperanza, quando il gravame non investa mere questioni esecutive, ma anche l'effetto devolutivo pieno che - ad avviso del Collegio stesso - deve riconoscersi quando, in sede di appello, debbano risolversi questioni giuridiche in rito e in merito, in relazione alla regolarità del rito instaurato, alle condizioni soggettive ed oggettive dell'azione ed alla fondatezza della pretesa azionata. D'altra parte, in applicazione dell'art. 125 della Costituzione, il Codice del processo amministrativo prevede l'appellabilità di ogni sentenza di primo grado, anche ove resa in sede di ottemperanza*”.

⁶² V. Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2000, n. 487, “*Come esattamente dedotto dalle resistenti, il ricorso per l'ottemperanza del giudicato non è proponibile nelle more della definizione di un ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 e 5 c.p.c. (C.S., sez. V, 3 febbraio 1988, n. 155). Solo il giudicato formale ex art. 324 c.p.c. legittima la proposizione della speciale esecuzione prevista dall'art. 36 della L. n. 1034/1971*”.

⁶³ V. Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 162, secondo cui la proposizione di revocazione straordinaria in pendenza di giudizio di ottemperanza della sentenza revocanda, determina una pregiudizialità di cause, tenuto conto che il giudizio di ottemperanza dipende dalla definizione di quello di revocazione e, precisamente, dalla conservazione ovvero dalla rescissione della decisione oggetto di ricorso per esecuzione.

passate in giudicato ha abbattuto le fondamenta di questi indirizzi interpretativi⁶⁴.

Altrettanto ammissibile è lo strumento dell'opposizione di terzo, utilizzabile sia dal litisconsorte necessario pretermesso, sia dal soggetto titolare di un diritto autonomo ed incompatibile con il contenuto della sentenza. In sede di ottemperanza, infatti, il giudice si sostituisce all'amministrazione nella regolamentazione del rapporto controverso e può, nell'adottare la sua pronuncia, incidere sulla posizione di vantaggio di coloro che sono rimasti estranei al giudizio; diventa, perciò, inevitabile garantire il rimedio dell'opposizione anche nei confronti di siffatta pronuncia.

In generale, infatti, quando il terzo propone l'azione di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c., lamenta l'ingiustizia di una decisione che ha giudicato fra le parti, senza la sua presenza e nonostante il fatto che nel giudizio fosse implicata una posizione sostanziale. Si duole, in altri termini, di non aver potuto contribuire alla determinazione della "regola del caso concreto" formata in quel giudizio. Ciò è esattamente quel che lamenta il terzo che, nel giudizio amministrativo, fa opposizione alla pronuncia emessa in sede di ottemperanza.

Al riguardo, parte della dottrina⁶⁵ si concentra sulla differenza fra giudizio di ottemperanza avente mera funzione esecutiva e giudizio di ottemperanza che richiede attività cognitoria da parte del giudice e sull'eventuale ammissibilità dell'opposizione per il titolare di un diritto autonomo e incompatibile. Nel primo caso, secondo questi autori, limitandosi il giudice a garantire l'effettività delle puntuali statuizioni del giudicato e mancando la cognizione, non ci sarebbe un giudizio verso cui il terzo possa dolersi di non aver partecipato: in questo caso dovrà opporsi alla sentenza di

⁶⁴ V. D'ORSOGNA M., "I rimedi straordinari contro le decisioni dei giudici amministrativi, in Giustizia amministrativa" (a cura di SCOCA F. G.), Torino, 2006, pp.366-382

⁶⁵ BASILICA F. - AMATO S.L., "Osservazioni sull'ammissibilità dell'opposizione di terzo nel giudizio di ottemperanza", in Rass. Avv. St., 1995, p. 425

cognizione che è solo oggetto di ottemperanza. Viceversa, nel caso in cui il giudice compia attività cognitoria vi è la possibilità di lesione degli interessi del terzo, e quindi dovrebbe considerarsi pacificamente ammissibile l'esperibilità dell'opposizione. La dottrina in questione sembra fornire una corretta visuale del fenomeno e non sembrano essere presenti argomenti per cui potersi discostare⁶⁶.

Infine, è consentito il sindacato della Corte di Cassazione avverso le sentenze di ottemperanza emanate dal Consiglio di Stato per questioni attinenti i limiti esterni della giurisdizione amministrativa⁶⁷. Resta, comunque, un'ipotesi difficile da realizzarsi, visto che il giudice amministrativo esercita poteri sostitutivi rispetto alla p.a. ed è, quindi, di difficile individuazione l'eventuale sconfinamento dell'organo giudicante. Storicamente parlando, la giurisprudenza ha sempre avuto difficoltà nell'individuare le questioni sindacabili in Cassazione. Ad esempio, sono sempre state esclusi gli errori riguardanti le condizioni che hanno determinato il passaggio in giudicato della sentenza emessa in sede cognitoria, così come le questioni inerenti la mancata esecuzione del giudicato e quelle che investono le modalità esecutive: tutte problematiche che attengono la correttezza dell'esercizio dei poteri del giudice e non i limiti esterni dell'attribuzione del potere. Trattandosi di valutazioni di merito, risulta, quindi, arduo identificare, a livello pratico, quali sono le questioni sottoponibili alla verifica della Suprema Corte.

⁶⁶ Non ci sono, invece, discussioni per quanto riguarda il litisconsorte necessario pretermesso, il quale ha diritto di opporsi anche al giudizio di ottemperanza di mera esecuzione, vista la predominanza del fondamentale principio del contraddittorio, che la giurisprudenza ha dichiarato essere salvo nel giudizio di ottemperanza nel suo complesso.

⁶⁷ V. Corte Cassaz., SS. UU., 23 luglio 2001, n. 10012, "*I soli motivi inerenti alla giurisdizione, per i quali gli artt. 111 ult. comma cost. e 362 primo comma c.p.c. consentono il ricorso per cassazione avverse le decisioni del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti), comprendono, per costante giurisprudenza ed anche in sede di giudizio di ottemperanza, i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo, senza invece involgerne i limiti interni, i quali comprendono il modo di esercizio della giurisdizione, compresi eventuali errori in procedendo o in iudicando*".

CAPITOLO III

L'ESTENSIONE APPLICATIVA DELL'AZIONE DI OTTEMPERANZA

1. Il giudizio di ottemperanza: strumento di portata generale

L'evoluzione storica del giudizio di ottemperanza consente di rimarcare la sostanziale differenza fra l'ottemperanza al giudicato dei giudici ordinari e speciali da un lato, e quella al giudicato dei giudici amministrativi dall'altro. Come sarà approfondito nel corso della trattazione, ciò ha portato ad evidenti conseguenze sul tema della natura giuridica dell'istituto e sulla discussione relativa ai poteri esercitabili dal giudice dell'ottemperanza, trasformando il peculiare istituto in uno strumento dall'applicabilità quasi generale.

La tematica centrale del capitolo è quella di cercare una soluzione alle possibili problematiche che il giudizio di ottemperanza può affrontare nel relazionarsi con altri strumenti giurisdizionali o paragiurisdizionali del nostro ordinamento.

L'operazione si presenta a tratti in maniera estremamente intricata, soprattutto nei casi di vuoto normativo che sono stati riempiti da un'intensa attività dottrinale e giurisprudenziale.

2. Ottemperanza e giudicato amministrativo

Già dall'apertura del Titolo I Libro IV del codice, si nota lo scopo primario dell'istituto dell'ottemperanza. L'articolo 112, infatti, prevede che i

provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalle parti. Risulta, quindi, evidente come l'ambito di operatività sia dominato dalle richieste di attuazione di pronunce formate in ambito amministrativo. Si tratta, chiaramente, di un ribaltamento di quella che può essere considerata come l'impostazione normativa originaria.

Come riferito in precedenza, infatti, il giudizio di ottemperanza è nato allo scopo di dare attuazione alle decisioni prese dal giudice ordinario e, solo successivamente e a livello interpretativo, si è spostato in ambito amministrativo.

Attualmente, vige in materia l'art. 112 c.p.a., che conferisce la possibilità di sollevare l'azione per eseguire i provvedimenti del giudice amministrativo, tanto se si tratti di sentenze passate in giudicato (comma, lettera a)) quanto se si tratti di sentenze esecutive o altri provvedimenti esecutivi (comma 2 lettera b)).

Per quanto riguarda le prime, senza dubbio, il giudizio di ottemperanza è ammissibile avverso le sentenze di accoglimento del giudice amministrativo, indipendentemente dal fatto che esse siano di natura dichiarativa, condannatoria o annullatoria⁶⁸.

Vanno, invece, sottratte da questo gruppo quelle sentenze c.d. autoapplicative⁶⁹: si tratta di quelle decisioni che hanno la caratteristica di

⁶⁸ V. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 luglio 2012, n. 4, *“Ai sensi dell'art. 112 c.p.a., il giudizio di ottemperanza può essere proposto per l'esecuzione di una sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato, e dunque di una sentenza avverso la quale non sono più ammessi mezzi di impugnazione (artt. 324 c.p.c. e 39 c.p.a.); ai sensi dell'art. 327 c.p.c., prescindendo dall'ipotesi della notificazione alla controparte, la sentenza non può essere oggetto di impugnazione dopo che siano trascorsi sei mesi dalla sua pubblicazione”*.

⁶⁹ V. ASPRELLA C., – PALMA M., *“L'esecuzione della sentenza amministrativa”*, in *judicium.it*, *“Rispetto alle sentenze c.d. autoesecutive, quelle cioè rispetto alle quali la soddisfazione della posizione giuridica dedotta si realizza immediatamente ad opera della stessa sentenza di annullamento avendo tali sentenze carattere ripristinatorio della situazione giuridica dell'interessato preesistente all'atto annullato, non è esperibile il ricorso per ottemperanza, il quale presuppone che la sentenza di annullamento contenga, anche implicitamente, ulteriori statuizioni volte ad ordinare alla P.A. il compimento di una consequenziale attività materiale ovvero giuridica al fine di attribuire al ricorrente l'utilità effettiva che egli ha inteso conseguire con la proposizione del ricorso e che alle*

soddisfare in maniera immediata le pretese del ricorrente, senza che vi sia la necessità di ricorrere ad attività di tipo esecutivo. In questo senso, è interessante sottolineare l'orientamento preso dal Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte⁷⁰. Davanti ai giudici di Torino la parte ricorrente ha chiesto l'ottemperanza di una sentenza che aveva annullato i permessi per costruire, concessi ad aziende agricole dal Comune di Rivarolo Canavese. Il comportamento dell'amministrazione comunale è stato, però, omissivo, avendo comunque deciso di rilasciare le autorizzazioni di cui sopra. In sede di ottemperanza, il TAR Piemonte ha escluso l'esperibilità di tale azione sulla base della forza "auto esecutiva" della sentenza di cui si chiede l'esecuzione. Quest'ultima, infatti, ha esaurito la propria forza con la completa eliminazione dalla realtà giuridica dei provvedimenti impugnati. È pacifico che il rimedio dell'ottemperanza presupponga una sentenza che contenga statuizioni volte ad ordinare il compimento di una consequenziale attività materiale o giuridica; in caso contrario, l'azione in questione si

doverose successive prescrizioni l'autorità amministrativa non abbia dato spontanea esecuzione e sia rimasta inottemperante. Si considerano nelle sentenze autoesecutive: a) le decisioni di annullamento di atti di controllo negativi, tenendo conto che l'accoglimento di un ricorso giurisdizionale rivolto avverso la decisione tutoria d'annullamento di un atto amministrativo implica la reviviscenza di quest'ultimo, ma non costituisce accertamento della di lui legittimità sostanziale, di talché la p.a. controllata ben può rimuoverlo in autotutela senza per ciò essere vincolata dal predetto giudicato, o senza che il privato si possa opporvi in sede d'ottemperanza. Residua spazio per l'ottemperanza delle predette decisioni in quelle fattispecie richiedenti, per la loro complessità, un'attività (preliminare) ricognitoria od ordinatoria degli effetti immediati, automatici e - per così dire - riflessi del pronunciato annullamento in presenza d'inerzie o contestazioni della P.A.; b) le decisioni di annullamento di un atto di revoca; c) le decisioni di annullamento dei decreti di espropriazione, precisando che l'insuscettibilità della esecuzione materiale di queste ultime discende non tanto dalla natura squisitamente giuridica degli effetti prodotti, quanto dal fatto che in ordine alle attività esecutive auspiccate dall'originario proprietario la p.a. si trova in situazione di carenza di potere, non avendo la medesima un generico ed illimitato potere di esercitare funzioni di segno negativo simmetrico a quelle invalidate dal giudice amministrativo. Neanche la sentenza di mero accertamento consente la proposizione del ricorso per la sua ottemperanza innanzi al giudice amministrativo, sia in quanto manca una pronuncia di condanna, ancorché generica, sia per ciò che concerne l'eventuale obbligo dell'amministrazione, scaturente dalla pronuncia dichiarativa, di attivare determinati procedimenti, essendo necessaria a tal fine la proposizione di apposita istanza all'amministrazione e, una volta constatata l'inerzia, proporre l'ordinario giudizio cognitorio".

⁷⁰ V. TAR Piemonte, Sez. Prima, 17 novembre 2011, n. 1197

rivelerebbe priva di utilità effettiva.

Dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali, appare assodato che, in quanto compatibile, alla nozione di giudicato amministrativo possa applicarsi l'art. 324 del codice di procedura civile⁷¹: il giudicato formale della sentenza del giudice amministrativo si forma quando è decorso il termine per appellare la sentenza del TAR, ovvero per proporre il ricorso in Cassazione avverso la decisione del Consiglio di Stato.

⁷¹ Art. 324 c.p.c. “*Si intende passata in giudicato la sentenza che non e' più soggetta ne' a regolamento di competenza, ne' ad appello, ne' a ricorso per cassazione, ne' a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*”.

3. I rapporti con le sentenze esecutive

Giurisprudenza consolidata ha sempre escluso il giudizio ottemperanza per le sentenze non passate formalmente in giudicato, non essendo considerata sufficiente la mera esecutività⁷². Questo nonostante la previsione contenuta nella legge n.1034/1971⁷³ che prevedeva l'esecutività delle sentenze dei TAR, anche se impugnate, salvo il potere del Consiglio di Stato, su istanza di parte, di sospenderne l'esecuzione, con ordinanza motivata, nei casi di pericolo di danno grave e irreparabile. La legge TAR ha sancito un principio opposto rispetto a quello che vigeva in campo civilistico. Le sentenze civili, dichiarava l'art 282 c.p.c.⁷⁴, erano esecutive solo in via eccezionale.

La vigenza, nel settore amministrativo, del principio di generale esecutività

⁷² V. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 1979, n. 12, “*Si ricava che non vi è coincidenza tra l'ambito della esecutività delle decisioni e quello del giudizio di ottemperanza. Né tale conclusione deve ritenersi anomala, tenuto conto che il suddetto giudizio non è omogeneo al procedimento di esecuzione forzata, potendo condurre all'inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo nelle linee funzionali di svolgimento dell'azione amministrativa, onde l'averne subordinato l'esperibilità al raggiungimento del massimo grado di certezza (formazione della “res judicata”) sembra aderente alla natura ed alle finalità dell'azione. [...] Se il legislatore del 1971, esplicitando che la giurisprudenza aveva esteso ai giudizi amministrativi per via d'interpretazione dell'art. 27 n. 4 del t.u. n. 1054 del 1924, ha ritenuto di condizionare l'azione di ottemperanza alle sentenze del TAR al loro passaggio in giudicato, pare logico che lo stesso principio sia applicabile anche alle decisioni del Consiglio di Stato”.*

⁷³ L. 1034/1971, Art. 33 “*Le sentenze dei tribunali amministrativi regionali sono esecutive.*

Il ricorso in appello al Consiglio di Stato non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, su istanza di parte, qualora dall'esecuzione della sentenza possa derivare un danno grave e irreparabile, può disporre, con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio, che la esecuzione sia sospesa .

Sull'istanza di sospensione il Consiglio di Stato provvede nella sua prima udienza successiva al deposito del ricorso. I difensori delle parti devono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta”.

⁷⁴ Attualmente, lo stesso art. 282 c.p.c., nel testo novellato, dispone l'esecutività in via generale delle sentenze del giudice ordinario, salvo il potere del giudice di appello di sospenderne l'esecutività

delle sentenze si presentava comunque ricco di problematiche applicative. Ciò è connesso, principalmente, alle particolari statuizioni presenti nelle pronunce amministrative, ben diverse da quelle ordinarie. Quest'ultime, infatti, contengono disposizioni precise in ordine al rapporto controverso, prestandosi con relativa semplicità all'attività esecutiva. Le decisioni amministrative, invece, ad esclusione di quelle aventi carattere autoesecutivo, contengono, oltre ad un effetto demolitorio, anche un effetto conformativo, prescrivendo le modalità con cui l'Amministrazione deve svolgere l'attività di ripristino dell'interesse leso. Ed è su queste problematiche che si innestava l'istituto dell'ottemperanza.

La legge era, però, chiara sul punto e l'art. 37 della legge 1034/1971 faceva specificatamente riferimento al giudicato come presupposto del giudizio di ottemperanza.

Il Consiglio di Stato sosteneva fortemente che il giudizio di ottemperanza, come giurisdizione di merito, può condurre ad una profonda interferenza con i poteri pubblici e perciò la sua esperibilità doveva risultare subordinata al massimo gradi di certezza possibile, raggiungibile solo con il passaggio in giudicato della sentenza⁷⁵.

L'orientamento fu avallato anche dalla Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 406 del 1998⁷⁶, ha dichiarato non fondata la questione di

⁷⁵ V. Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 1999, n. 673

⁷⁶ Corte Cost. Sent. 406/1998 *“Il limitare l'ambito dello speciale giudizio di ottemperanza - diretto ad ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso - al giudicato, inteso come cosa giudicata, è una interpretazione plausibile che il giudice a quo ritiene di seguire. Tale limitazione costituisce una scelta che rientra nella discrezionalità legislativa, in quanto non obbligata sul piano costituzionale, essendo libero il legislatore di adottare particolari sistemi di esecuzione in via amministrativa delle sentenze dei giudici nei confronti delle pubbliche amministrazioni, quando queste non si conformino spontaneamente (scelta di recente ripetuta nel processo tributario), fermo il principio (v. sentenza n. 435 del 1995) che in caso di "pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, incombe su quest'ultima 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". La fase di esecuzione coattiva di questo obbligo, che pur nasce con la pronuncia del giudice con il carattere*

costituzionalità del succitato art. 37 L. 1034/1971 con riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., ritenendo non irragionevole la scelta legislativa di porre, come presupposto di esperibilità del ricorso di ottemperanza, l'esistenza della cosa giudicata.

Parte della dottrina sosteneva comunque la praticabilità del ricorso per ottemperanza anche per garantire l'esecuzione delle sentenze di primo grado, anche se non passate in giudicato. La tesi si fondava principalmente sull'argomento che il legislatore avesse utilizzato la nozione di giudicato in modo atecnico, non essendo l'art. 324 c.p.c. estensibile alle decisioni amministrative, che assumono efficacia esecutiva dal momento stesso della loro pubblicazione. Pertanto, secondo questo orientamento, l'amministrazione ha l'obbligo di adempiere alle statuizioni della sentenza di primo grado anche in pendenza dell'appello, e specularmente il cittadino deve godere della facoltà di azionare gli strumenti idonei a rendere effettivi questi adempimenti.

Di conseguenza, fino alla fine del ventesimo secolo, nonostante la generale esecutività delle sentenze amministrative, esse non potevano essere oggetto di ottemperanza sino al passaggio in giudicato.

La svolta è arrivata con la legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha rimodellato l'istituto dell'ottemperanza, trasformandolo in istituto generale di attuazione delle pronunce emesse dal giudice amministrativo. A seguito

della esecutività, è costituzionalmente necessaria senza alcuna possibilità di distinzioni tra funzioni giurisdizionali di natura diversa o tra pubbliche autorità anche di rilevanza costituzionale (sentenza n. 435 del 1995), mentre non necessariamente sul piano costituzionale la proponibilità della speciale azione deve coincidere con la pronuncia di primo grado non passata in giudicato. La procedura di ottemperanza - con la possibilità di esercizio di poteri sostitutivi rispetto all'amministrazione inadempiente e di inserimento nello svolgimento concreto dell'azione amministrativa mediante un commissario ad acta o, a seconda della fattispecie, direttamente da parte del giudice - nei confronti della pubblica amministrazione comporta l'esercizio di una giurisdizione estesa anche al merito, di modo che non è irragionevole, nell'attuale contesto del sistema processuale, la scelta di porre, come presupposto della speciale azione, l'esistenza di una cosa giudicata, anche se è stata auspicata una diversa soluzione legislativa accompagnata da modifiche al processo amministrativo.”

della nuova normativa, il giudice amministrativo è stato abilitato ad esercitare “i poteri conferitigli nel giudizio di ottemperanza al giudicato” nei casi di esecuzione delle sentenze di primo grado non sospese (art. 10, l. 205/2000), di esecuzione delle ordinanze cautelari (art.3, l. 205/2000) e di adempimento dell’ordine di provvedere nei giudizi aventi ad oggetto il silenzio (art. 2, l. 205/2000).

L’evoluzione normativa ha trovato conferma nella lettera b), comma 2, dell’art. 112 c.p.a., che consente la proposizione del rimedio dell’ottemperanza per le sentenze esecutive e gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo.

Raggiunta la parificazione tra sentenze passate in giudicato e sentenze esecutive, si è aperto il problema di delineare l’ambito dei poteri esercitabili dal giudice. Una prima tesi concentra l’attenzione sulla non definitività della pronuncia, prospettando la necessità di una tutela dai connotati necessariamente provvisori. Infatti, la possibilità di riforma in sede di appello dovrebbe condurre il giudice dell’ottemperanza a procedere con prudenza ed equilibrio nella scelta dei provvedimenti da prendere.

La tesi opposta punta a focalizzare la questione sull’effettività della tutela giurisdizionale, sostenendo che il giudice adito non è sottoposto ad alcun limite alla propria discrezionalità. Una volta appurati i presupposti dell’azione, il giudice ha il dovere di assumere i provvedimenti necessari all’immediata ed integrale esecuzione delle statuizioni della sentenza di primo grado.

Il codice ci viene in aiuto all’art. 114, comma 4, lettera c), nel quale è previsto che il giudice, nel dare attuazione a sentenze non passate in giudicato, indicherà le modalità attuative al fine di non compromettere, nel caso di successiva impugnazione, l’assetto fra le parti. In tal senso, il giudice dovrà prestare attenzione ad eventuali elusioni o violazioni di giudicato, considerando inefficaci i relativi atti.

Inoltre, è precisato che il giudice debba provvedere di conseguenza,

tenendo conto degli effetti che ne derivano. La norma appare priva di chiarezza. L'espressione "effetti che ne derivano" sembra potersi riferire alle conseguenze derivanti dalla dichiarazione di inefficacia e, quindi, alla necessità di adottare statuizioni sostitutive, ma non è escluso che, adottando una diversa costruzione, si possano ricondurre tali effetti non alla statuizione sull'inefficacia, ma agli atti violativi o elusivi. È, inoltre, difficile individuare quali devono essere i criteri a cui il giudice deve ispirarsi nell'effettuare tale valutazione e nel prendere i successivi provvedimenti.

4. Le misure cautelari trovano spazio nel giudizio di ottemperanza

L'articolo 3 della legge 205 del 2000 ha concesso il rimedio dell'ottemperanza per le ipotesi in cui l'amministrazione non abbia ottemperato, o lo abbia fatto parzialmente, alle misure cautelari concesse. Queste ultime vengono adottate dal giudice su richiesta del ricorrente: poiché la proposizione del ricorso giurisdizionale non sospende di per sé l'efficacia del provvedimento impugnato e poiché dalla produzione degli effetti di tale provvedimento, nel corso del giudizio, potrebbero derivare danni gravi e irreparabili, il ricorrente può richiedere appunto al giudice una misura cautelare, che assicuri internamente gli effetti dell'accoglimento del ricorso.

La misura cautelare, originariamente, aveva la funzione di conservazione della situazione preesistente, poi ha iniziato ad assumere, per le materie di competenza esclusiva, la funzione anticipatoria della decisione di merito, *“di guisa che la tutela cautelare si è trasformata da misura originariamente inibitoria in misura di tutela sommaria di realizzazione anticipata degli effetti della sentenza definitiva”*⁷⁷.

La fase cautelare termina con un'ordinanza che ha un'efficacia provvisoria in attesa che il giudizio venga definito nel merito con la sentenza, che sarà emessa a conclusione del processo. Di conseguenza, la definizione nel merito del giudizio comporterà l'automatica caducazione degli effetti dell'ordinanza cautelare emessa, nonché degli effetti di eventuali provvedimenti che la P.A. abbia adottato in esecuzione dell'ordinanza stessa. L'efficacia di tali provvedimenti cessa automaticamente con il deposito della sentenza di merito.

I poteri concessi al giudice amministrativo in sede cautelare sono, secondo

⁷⁷ V. MARCHETTI B., “L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato”, Padova, 2000

il filone interpretativo maggioritario⁷⁸, gli stessi che spettano al giudice di merito, in quanto deve essere garantito anche a livello interinale il rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale.

La normativa approvata nel 2000 è figlia di un atteggiamento giurisprudenziale aperto da parte del Consiglio di Stato.

In una nota decisione dell' Adunanza plenaria del 1982⁷⁹, i giudici, pur escludendo l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, che si basava sul diverso presupposto di una sentenza passata in giudicato, hanno, tuttavia, ammesso la possibilità di ricorso allo stesso giudice che ha in precedenza emesso il provvedimento cautelare, al fine di ottenere provvedimenti atti a garantirne l'effettività, garantendogli sostanzialmente gli stessi poteri che ha in mano il giudice amministrativo.

Attualmente, il codice, confermando le previsioni preesistenti, prevede,

⁷⁸ V. Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, che in tema di poteri cautelari afferma che *“deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprevedibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nel giudicato e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. 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 della Costituzione, 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 atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo avente rilievo costituzionale qual è il C.S.M. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria”*.

⁷⁹ V. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 1982, n. 6, *“Il discorso si puntualizza nel decidere quali siano i poteri del giudice amministrativo in sede cautelare al fine di garantire l'effettività della tutela richiesta dal concorrente. In analogia alla evoluzione giurisprudenziale svoltasi in più di un decennio in materia di esecuzione delle pronunce di merito, reputa il Collegio che anche in materia cautelare i poteri del giudice debbano estrinsecarsi in un ambito determinato dal doppio e concorrente limite di realizzare la piena tutela dell'interesse dedotto nel giudizio senza perciò decampare dal sistema posto dall'art. 4 e dall'art. 7 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, sul contenzioso amministrativo. [...] analoghi poteri (appartenenti al giudice amministrativo, ndr) possono essere riconosciuti al giudice amministrativo in sede di procedimento cautelare, sia per la identità della ratio della tutela (ancorché ad effetti temporalmente limitati), sia per la già ritenuta natura decisoria dell'ordinanza di sospensione”*.

all'art. 59, l'esecuzione delle misure cautelari, concedendo agli interessati la possibilità di chiedere al tribunale amministrativo regionale, con istanza motivata e notificata alle altre parti, le opportune misure attuative dei provvedimenti interinali non eseguiti, in tutto o in parte. La norma precisa che il tribunale, in tal caso, esercita i poteri previsti dal Titolo I del Libro IV in tema di ottemperanza. Lo stesso vale per le misure cautelari concesse *ante causam*, grazie al rinvio contenuto nel sesto comma dell'articolo 61 del codice.

È, dunque, pacifico che il giudice dell'esecuzione della misura cautelare dispone degli stessi poteri concessi a quello per l'ottemperanza: si va dall'ordine di adottare provvedimenti sostitutivi, alla nomina dei commissari *ad acta*, fino alla possibilità di disporre della forza pubblica.

La tutela cautelare, pertanto, sembra essere vista dalla legislazione attuale come un caso di giurisdizione amministrativa estesa al merito⁸⁰. Pur evidenziando la naturale diversità strutturale tra le sentenze definitive e quelle rese in esecuzione di misure cautelari, la giurisprudenza ha considerato il *decisum* cautelare, pur nella sua provvisorietà, come determinante un effetto conformativo analogo a quello della sentenza, con i conseguenti vincoli che ne derivano per il soggetto tenuto al comportamento. Si è cercato, in tal modo, di risolvere le questioni attinenti il rapporto tra l'azione di esecuzione della misura cautelare e gli eventuali provvedimenti violativi o elusivi della stessa.

Come nel caso di violazione o elusione del giudicato, anche qui si registra una carenza di potere amministrativo, che si configura come nullità dell'atto in questione, che, quindi, non necessita di un'apposita impugnazione nel termine decadenziale. Non è altro che un'applicazione del principio giurisprudenziale, elaborato in sede di ottemperanza, di radicale nullità

⁸⁰ V. ROMANO A., "Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito", in Foro it., 1985, p. 2491, il quale lamenta come sia intollerabile che la tutela cautelare sia limitata al fatto di non considerarla come sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione.

degli atti elusivi del giudicato, in quanto resi in una situazione di non discrezionalità dell'autorità amministrativa. Posizione fortemente sostenuta dal Consiglio di Stato che parte dalla constatazione per cui gli effetti conformativi di tutti i provvedimenti giurisdizionali comportano vincoli assoluti per l'amministrazione. Di conseguenza, anche per le decisioni sulle misure cautelari, che contengono statuizioni vincolanti, si può parlare di nullità degli atti elusivi.

A questa posizione ha fatto da contraltare parte della dottrina che, decisa nel sottolineare la specificità del giudicato cautelare, preferisce optare per la soggezione degli atti elusivi alla tempestiva impugnazione e, quindi, semplicemente annullabili. La teoria poggia, in primo luogo, sulla considerazione che la nullità degli atti elusivi si basa non sull'esecutività della statuizione, ma sulla sua stabilità. Inoltre, considera determinante la provvisorietà della misura cautelare che non consuma il potere amministrativo ed è suscettibile di riforma in sede di decisione di merito.

5. L'azione nei confronti del silenzio della pubblica amministrazione

Un'altra innovazione contenuta nella legge 205 del 2000 la si può trovare nell'articolo 3, che consente al giudice amministrativo di usare i poteri previsti per il giudizio di ottemperanza anche per l'adempimento dell'ordine di provvedere imposto alla pubblica amministrazione nei giudizi avverso il silenzio della stessa.

Il procedimento in questione consta di due fasi. Nella prima, a carattere cognitivo, vi è un rito abbreviato che si conclude con un succinta sentenza con la quale il giudice ordina all'amministrazione di provvedere. Nella seconda, a carattere esecutivo, l'amministrazione inadempiente subisce la nomina, da parte del giudice, di un commissario che si sostituisca ad essa. Anche riguardo a questo procedimento speciale sono sorte due linee interpretative. Una di queste precisa il fatto che la norma ha introdotto non un giudizio di ottemperanza classico, ma la disciplina dell'esercizio da parte del giudice di un controllo sostitutivo nei confronti dell'amministrazione. Questo orientamento fa leva innanzitutto sul fatto che se si fosse trattato di giudizio di ottemperanza in senso classico, la norma sarebbe stata del tutto superflua, essendo sufficiente, in tal caso, un semplice rinvio, che, pur mancante in tal sede, era previsto per le ipotesi dell'esecuzione delle ordinanze cautelari e delle sentenze del TAR non sospese dal Consiglio di Stato. Inoltre, nel rito del silenzio lo strumento a disposizione del giudice è unico: la nomina obbligata di un commissario; mentre nel giudizio di ottemperanza classico, l'organo giudicante dispone di un ampio strumentario volto all'esecuzione del giudicato e delle pronunce assimilate. Questa tesi è stata sposata dalla giurisprudenza, che sottolineava che chi si sostituiva all'amministrazione era il commissario e non il giudice: quest'ultimo, in realtà, si limitava a nominarlo. Da ciò si è desunto che, nel procedimento in questione, si ha un commissario che assomiglia più ad un organo straordinario dell'amministrazione inadempiente, piuttosto che un

ausiliario del giudice.

Il giudizio esecutivo, dunque, non si concludeva con una sentenza di ottemperanza, ma con un atto di nomina con cui il giudice individuava un organo straordinario, dotato di assoluta autonomia decisoria.

La tesi opposta, che ha intravisto nel rito del silenzio un autentico giudizio di ottemperanza, in cui la nomina dell'organo commissariale costituiva sentenza di ottemperanza, nella quale il giudice dettava anche le modalità di esercizio del suo operato.

Tale orientamento sembra trovare conferma nella disciplina prevista dal nuovo codice del processo amministrativo, che elimina la concezione di commissario come organo straordinario dell'amministrazione⁸¹, confutando la prima tesi esposta. L'art. 117 c.p.a. prevede che il giudice conclude il procedimento avverso il silenzio con una sentenza che definisce il giudizio e, solo se occorre, nomina un commissario *ad acta*. Al riguardo, il giudice conosce tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario, che non può essere considerato dotato di piena autonomia decisoria.

⁸¹ V. *infra* Cap. IV, Par. 3

6. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato è considerabile un rimedio giurisdizionale?

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (nella Regione Sicilia, ai sensi dello Statuto, il ricorso è diretto verso il Presidente della Regione) è un rimedio generale ammesso contro i provvedimenti definitivi, per definirne l'annullamento censurandone l'illegittimità.

Entro il termine di 120 giorni dalla comunicazione, notificazione, pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento definitivo o del silenzio rigetto, il ricorso deve essere notificato ad almeno uno dei controinteressati e presentato all'autorità amministrativa che ha emanato l'atto o al Ministero competente. L'autorità pubblica procede all'istruzione del ricorso, completandola entro 120 giorni dal termine ultimo per le deduzioni dei controinteressati (60 giorni dalla notificazione del ricorso). Successivamente, gli atti vengono trasmessi al Consiglio di Stato, che emette il proprio parere da consegnare al Ministero competente, che formulerà la proposta di ricorso al Presidente della Repubblica, il quale la assumerà in forma di decreto.

Il parere del Consiglio di Stato, che viene emesso da una sezione consultiva, dall'adunanza generale o da un commissario creato *ad hoc*, era, in origine, non vincolante. Nel 2009⁸² esso ha acquisito il carattere della vincolatività, spostando l'asse decisionale dell'istituto dal Ministero al Consiglio di Stato. In questo modo, la proposta del Ministro al Presidente della Repubblica si riduce ad un semplice adempimento formale.

La riforma ha, inoltre, introdotto la possibilità, per i giudici di Palazzo Spada, di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il ricorso straordinario si caratterizza per la sua alternatività rispetto al ricorso al giudice amministrativo, vista l'esigenza di evitare una concorrenza fra Consiglio di Stato in sede consultiva e in sede

⁸² V. art. 69, l. 69/2009

giurisdizionale. L'alternatività comporta l'inammissibilità dell'eventuale ricorso giurisdizionale proposto avverso il medesimo atto. Questa caratteristica non lede il diritto di azione del ricorrente (art. 24 Cost.), in quanto agire in via straordinaria rappresenta una sua scelta. Potrebbero, però, risultare danneggiate le posizioni dei controinteressati, che potrebbero preferire la via del giudice amministrativo. Per evitare ciò, esiste l'istituto dell'opposizione che consente, entro 60 giorni dalla notificazione del ricorso straordinario, di richiedere la trattazione in sede giurisdizionale.

La più grande differenza, e carenza, del ricorso al Capo dello Stato rispetto a quello giurisdizionale è sempre stata l'impossibilità di ottenere l'esecuzione della decisione attraverso il giudizio di ottemperanza. Secondo l'impostazione tradizionale, la decisione sul ricorso straordinario non è una pronuncia giurisdizionale, ma è compresa tra i rimedi di carattere amministrativo. L'interessato, dunque, per ottenere l'adempimento, non può invocare il rimedio dell'ottemperanza, ma dovrà procurarsi, attraverso l'impugnazione giurisdizionale del silenzio-rifiuto o dell'atto amministrativo difforme, un titolo giudiziario sul quale, eventualmente, si potrà utilizzare lo strumento esecutivo.

Nel corso degli ultimi anni, però, si è aperto un percorso di "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario, foriero di assolute novità incidenti soprattutto sull'effettività della tutela e il rispetto degli interessi in gioco. Tradizionalmente pacifica è la singolarità dell'istituto in questione, che presenta natura amministrativa integrata da fattispecie tipiche dei rimedi giurisdizionali.

L'ambivalenza dell'istituto è stata riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale, ricomprendendola nella nota definizione di "irrocervo"⁸³.

⁸³V. Corte Cost., n. 298/1986, *"In realtà, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, come da tempo riconoscono senza contrasto alcuna giurisprudenza e dottrina, è un procedimento amministrativo di secondo grado, attivabile su ricorso dei singoli interessati, di carattere spiccatamente contenzioso ed avente ad oggetto atti amministrativi definitivi: si tratta, dunque, di un atto amministrativo, le cui singolari*

La posizione giurisprudenziale era, però, ancorata al preminente carattere amministrativo del rimedio in questione, stante la mancanza di alcune fondamentali caratteristiche delle attività giurisdizionali, quali, ad esempio, la bilateralità del contraddittorio, una qualsiasi garanzia di difesa tecnica, l'imparzialità istituzionale dell'organo decidente.

L'evoluzione normativa del ricorso ha disegnato un percorso scarsamente omogeneo, che, nonostante tutto, è riuscito nell'impresa di far emergere quella "anima" giurisdizionale comunque insita nella storica complessità dell'istituto.

Il primo tassello è stato inserito dall'articolo 245 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁸⁴, che, sotto la spinta del diritto comunitario, aveva previsto che gli atti indicati nel primo comma fossero impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al TAR ovvero con ricorso straordinario; verso tali atti, sanciva il secondo comma, erano applicabili gli strumenti di cui agli artt. 33 e 37 della legge n. 1034 del 1971, ritenendo quindi ammissibile il giudizio di ottemperanza sia per il ricorso giurisdizionale, sia per quello in via straordinaria senza alcuna differenziazione. Avendo sancito, dunque, la piena fungibilità dei due rimedi si è favorito un avvicinamento tra le due posizioni.

L'arrivo della legge n. 69/2009 ha portato due fattori determinanti per la valorizzazione del profilo giurisdizionale del ricorso al Presidente della Repubblica. In primis, ha riconosciuto al Consiglio di Stato in sede

peculiarità non possono comunque indurre l'interprete a configurarlo come una sorta di irrocervo giuridico".

⁸⁴ Art. 245, l. 163/2006, "1. Gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Davanti al giudice amministrativo si applica il rito di cui all'articolo 23-bis, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Si applicano i rimedi cautelari di cui all'articolo 21 e all'articolo 23-bis, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205, e gli strumenti di esecuzione di cui agli articoli 33 e 37, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034."

consultiva la facoltà di sollevare incidenti di costituzionalità ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, in funzione, quindi, di "autorità giurisdizionale". Inoltre, la normativa del 2009 ha eliminato la possibilità del Ministero di disattendere, previa sottoposizione al Consiglio dei Ministri, il parere del Consiglio di Stato, trasformando quest'ultimo in un'enunciazione di carattere vincolante.

L'evoluzione normativa si è completata con la positivizzazione introdotta dal Codice del processo amministrativo del giudizio di ottemperanza anche per i provvedimenti decisori, che sono equiparati alle sentenze dei procedimenti amministrativi.

L'inquadramento codicistico della decisione sul ricorso straordinario oscilla fra la lettera b) e la lettera d) del comma 2 dell'art. 112 c.p.a.. Il dibattito sulla natura e sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per le decisioni sul ricorso straordinario continua, infatti, a registrare opinioni discordanti sia a livello giurisprudenziale, sia tra gli studiosi di diritto. Autorevole posizione è quella adottata, recentemente, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza SS. UU., 28 gennaio 2011, n. 2065, che, motivando ampiamente e analiticamente, hanno affermato il principio secondo cui l'azione di ottemperanza è proponibile anche sulla pronuncia che abbia accolto il ricorso straordinario. Tale *regula iuris* è applicabile non solo alle decisioni del Presidente della Regione Siciliana (come nella fattispecie decisa), ma anche e soprattutto alle decisioni del Capo dello Stato, sulla cui disciplina è stato modellato dallo statuto siciliano la procedura del ricorso straordinario al Presidente della Regione. Le SS. UU. Evidenziano come le modifiche apportate dall'art. 69 della L. n. 69 del 2009 sono tali da cancellare alcune determinanti differenze del procedimento straordinario rispetto a quello giurisdizionale, facendo particolare riferimento alla qualificazione ed ai poteri dell'organo decidente. La Suprema Corte osserva come la possibilità di sollevare questione di costituzionalità sembra presupporre "*il riconoscimento di una*

condizione, comunque sostanzialmente equivalente alla “giurisdizionalità” (secondo l’accezione propria anche dell’ordinamento interno)”. Anche la natura vincolante del parere formulato dal Consiglio di Stato conferma che il provvedimento finale è meramente dichiarativo di un giudizio. Di conseguenza quest’ultimo, pur non trasformando il decreto presidenziale in atto giurisdizionale, lo assimila nei contenuti, comportando l’utilizzabilità degli strumenti di tutela che garantiscono l’effettività delle statuizioni. Secondo la Corte, inoltre, il mutamento dell’assetto normativo del rimedio troverebbe espressa conferma nel tenore del nuovo art. 112 c.p.a., che, seppure implicitamente, ammetterebbe il ricorso straordinario nel novero dei provvedimenti suscettibili di esecuzione nelle forme del giudizio di ottemperanza.

Ad avviso delle Sezioni Unite, la decisione sul ricorso straordinario si colloca, per la precisione, nell’ipotesi delineata dalla lettera b) dell’art 112 c.p.a., esprimendo l’identificazione della natura decisoria non nel decreto presidenziale, ma nel parere vincolante del Consiglio di Stato. Infatti, è questa decisione, semplicemente tradotta nel decreto del Capo dello Stato, che costituisce il provvedimento del giudice amministrativo. Ed è, quindi, a questo giudice che bisogna rivolgersi, a norma dell’art. 113 c.p.a., per proporre il ricorso per l’ottemperanza.

Il ricorso straordinario sembra così compiere un ulteriore passo verso il completo disconoscimento della propria natura giustiziale, assumendo sempre più il carattere di provvedimento di natura giurisdizionale. Procedimento considerato, da alcuni autori⁸⁵, ancora ricco di ostacoli e

⁸⁵ FRENI F. “Impressioni a prima lettura a margine di SS. UU. 28 gennaio 2011, n. 2065”, in “Tanto tuonò...”, in Giustamm.it, 2011, “L’obiettivo, quanto meno dal punto di vista della garanzia ritraibile in executivis, è lodevole e non può non essere salutato con soddisfazione: residua, tuttavia, più di un dubbio di ordine sistematico e costituzionale con riferimento all’ormai inarrestabile spostamento del centro di gravità del rimedio. L’impossibilità di ricondurre il ricorso straordinario ad un paradigma costituzionale di riferimento (l’art. 100 Cost., infatti, mal si presta a legittimare un rimedio di natura paragiurisdizionale, e il binomio formato dagli artt. 103 e 113 Cost. è coperto troppo corta per garantirne la copertura); l’assenza – in senso a quel procedimento – delle più elementari garanzie costituzionali in tema di giusto processo: l’incontroscritto con gli

dubbi sistematici.

Da sottolineare che il 4 agosto 2011, la Sezione III del Consiglio di Stato, con ordinanza motivata (n. 4666), pur abbracciando i principi enunciati dalla Suprema Corte in merito all'ammissibilità del giudizio di ottemperanza avverso le decisioni sul ricorso straordinario, si è pronunciata sul profilo della competenza, concludendo per il proprio difetto di competenza in favore del tribunale amministrativo regionale. I giudici di Palazzo Spada hanno contrastato con la non vincolante, seppur autorevole, soluzione suggerita dalla Corte di Cassazione, inquadrando la decisione sul ricorso fra quelle previste dalla lettera d) dell'articolo 112 del codice⁸⁶. In mancanza di previsione apposita, il Consiglio ritiene che l'ipotesi in questione, quale norma residuale e di chiusura, rappresenta quella più appropriata per collocare l'ottemperanza sul ricorso straordinario. La Sez. III, partendo dal presupposto dell'inconfutabile avvicinamento del rimedio amministrativo con quello giurisdizionale, lo ha considerato, in mancanza di espressa previsione normativa, come solamente tendenziale, senza tradursi in una completa equiparazione.

I risvolti di queste considerazioni non sono circoscrivibili alla mera controversia sulla natura giuridica dell'istituto, ma rivelano conseguenze anche dal punto di vista pratico. La disciplina procedurale prevista dall'art. 113 c.p.a., infatti, prevede che la proponibilità del ricorso al medesimo

artt. 125 e 137 Cost. e la conseguente impossibilità di ricondurre il rimedio – ove ricompreso nel novero di quelli giurisdizionali – sul binario di un'interpretazione costituzionalmente orientata, sono tutti indici di una instabilità di fondo che circonda l'istituto dopo le riforme dl biennio 2009-10. Offrire oggi un collocamento sistematico credibile al ricorso straordinario è opera pressoché impossibile, resa – peraltro – ancor più ardua dall'affannosa corsa verso la ricerca di una tutela effettiva ad ogni costo. Non è più rimedio di giustizia nell'amministrazione, ma non è ancora processo: è un pallido emulo, che – per dirla con Fazzalari – tende solo a simulare il processo senza, tuttavia, realizzarlo” .

⁸⁶ Art. 112. Comma 2, lettera d), “L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: (...) d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad essi equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adeguamento dell'obbligo delle pubbliche amministrazioni di uniformarsi alla decisione”

giudice che ha emesso il provvedimento vale solo per le ipotesi del comma 2 dell'art. 112 lettera b). Negli altri casi previsti dall'art. 112, la competenza spetta al tribunale amministrativo. Ricordando che nel ricorso al Capo dello Stato funzione decisoria è ascrivibile, secondo interpretazione oramai pacifica, al parere emesso dal Consiglio di Stato, il giudice competente non sarà lo stesso Consiglio, ma il TAR Lazio. Risultato finale sarebbe quello di consegnare il giudizio di merito nelle mani di un giudice che non è intervenuto nella controversia di cui si chiede l'esecuzione.

La decisione della sez. III è stata assunta in Camera di Consiglio l' 8 luglio 2011, anteriormente, quindi, all'emanazione della legge 15 luglio 2011, n. 111, che all'art. 33, comma 6, ha espressamente annoverato il ricorso al Presidente della Repubblica tra i rimedi del sistema giudiziario quale ricorso proponibili, in unico grado, al Consiglio di Stato, risolvendo così le incongruenze fra le posizioni degli autorevoli organi giurisdizionali.

7. Ottemperanza e giudicato ordinario

Come già sottolineato, la funzione originaria dell'istituto dell'ottemperanza è quella di rimediare all'inadempienza dell'amministrazione rispetto alle statuizioni cristallizzate dal giudicato ordinario. Obbligo di adempimento che è stato affidato, come garante ultimo, alla sorveglianza del Consiglio di Stato, in quanto, *ex art. 4, comma 2, l.a.c.*, il giudice civile che accerta l'illegittimità del provvedimento amministrativo non detiene il potere di annullamento dell'atto.

Il soggetto interessato, rilevando la sottrazione della pubblica amministrazione all'obbligo di conformarsi al giudicato ordinario, ha il potere di adire il giudice amministrativo, in passato attraverso l'art. 27 n.4 t.u. Cons. Stato, e, attualmente, con la lettera c) del secondo comma dell'art. 112 c.p.a.. La norma codicistica ammette la proposizione dell'azione di ottemperanza per l'attuazione *“delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato”*.

Esaminando i presupposti per cui è proponibile questo tipo di azione, è necessario evidenziare come l'obbligo imposto all'amministrazione può essere suscettibile di ottemperanza solo quando la contestazione e la cognizione del giudice ordinario hanno per oggetto, in via diretta, i diritti soggettivi lesi dall'amministrazione. Diversamente accade nei casi di intervento c.d. incidentale, cioè relativi a controversie aventi per oggetto un diritto soggettivo rispetto al quale la disciplina posta dall'atto amministrativo costituisce solamente uno dei presupposti per il suo esercizio⁸⁷.

⁸⁷ Si prenda ad esempio l'ipotesi di una controversia fra privati relativa ad un'attività sottoposta ad un regime di autorizzazione amministrativa. In questo caso, poiché non si forma il giudicato sulla questione relativa alla legittimità del provvedimento, che viene

Contrariamente a ciò che accade per le pronunce amministrative, non è possibile l'ottemperanza per le sentenze semplicemente esecutive, ma è necessario che esse siano passate in giudicato.

La tipologia dei provvedimenti del giudice ordinario suscettibili di ottemperanza è ampia a livello casistico: sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro; decreto ingiuntivo non opposto o confermato in sede di opposizione; ordinanza di assegnazione del credito emessa dal giudice dell'esecuzione in un procedimento di esecuzione forzata.

Alcuni tipi di sentenze sono, tuttavia, contrastati da parte della giurisprudenza, che tende a non ammetterle al rimedio dell'ottemperanza. Così, ad esempio, si è pronunciata la Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite⁸⁸, ha ritenuto ammissibile ricorrere al rito esecutivo solo per le sentenze del giudice ordinario dichiarative dell'illegittimità del provvedimento e non per quelle di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, per la quale sarebbe esperibile solo lo strumento dell'esecuzione forzata civile. Secondo la Suprema Corte, in tal caso, mancherebbe il *proprium* dell'ottemperanza, e cioè la sostituzione del giudice amministrativo alla pubblica amministrazione nell'adozione di atti discrezionali, trattandosi di un'attività amministrativa dal carattere vincolato e di mera esecuzione di un obbligo.

Diverso orientamento è quello seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa⁸⁹, che ritiene possibile anche per le sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro il rimedio dell'ottemperanza, in aggiunta a quello di esecuzione forzata. L'assunto si basa sulla portata generale dell'istituto dell'ottemperanza, che la legge non esclude nei casi di

risolta incidentalmente, non nasce, in capo all'amministrazione, il dovere di rimozione dell'atto e, quindi, non risulta attivabile il rimedio dell'ottemperanza.

⁸⁸ V. Corte Cassaz., SS. UU., 13 luglio 1979, n. 4071

⁸⁹ V. Cons. Stato, Sez. VI, 8 ottobre 1988, n. 114; TAR Sicilia, Catania, 19 maggio 2006, n. 751

attività vincolata. Questa tesi è quella che poi è stata cristallizzata dall'art. 112 c.p.a. La disciplina codicistica non è, però, esente da problematiche inerenti l'esecuzione delle sentenze di condanna pecuniaria della p.a.. Manca, innanzitutto, una regolamentazione del *modus agendi* del commissario *ad acta* che vada ad eseguire i pagamenti presso gli enti (in particolare quelli locali) inadempienti. È a lui consentito accendere ulteriori debiti per pagare i creditori insoddisfatti o scegliere l'avviamento della procedura di dissesto?

Era probabilmente necessario inserire nel Codice un'ulteriore norma disciplinante le modalità di esercizio dei poteri del commissario, magari consentendogli l'analisi del bilancio per verificare la disponibilità di somme, effettuando, se dovute, le necessarie variazioni o, in mancanza, avviando le procedure di dissesto dell'ente locale, procedendo, nel caso, alle eventuali denunce all'organo di controllo o alla Procura della Corte dei Conti.

Inoltre, con lo scopo di evitare doppie esecuzioni davanti al giudice ordinario e a quello amministrativo, in sede di stesura del Codice, si erano posti dei limiti all'utilizzo del rimedio dell'ottemperanza. Era stato inserito un limite tipologico (esclusione delle sentenze di condanna del giudice di pace) e un limite quantitativo (esclusione delle condanne per somme inferiori a 30.000 euro). Soglia di valore che fondava la propria *ratio* sul fatto che solo somme di una certa entità incidono sui bilanci dell'ente e sono, di conseguenza, suscettibili di variazioni a maggiore connotazione amministrativa. Nella stesura definitiva del Codice, però, questi limiti sono stati eliminati, consentendo un'applicabilità generalizzata dell'istituto dell'ottemperanza, confermando la sua natura concorrente rispetto agli strumenti esecutivi di natura civilistica.

8. L'azione di ottemperanza e i rimedi esecutivi

Una volta appurato che il giudizio di ottemperanza riguarda esclusivamente le sentenze del giudice ordinario passate in giudicato, è necessario capire qual è la relazione che intercorre tra lo strumento oggetto della discussione e quello di esecuzione previsto dal Terzo libro del codice civile, la cui competenza spetta al giudice ordinario.

Regola generale al riguardo è la concorrenza dei due tipi di rimedi. Come ritiene consolidata giurisprudenza, per dare esecuzione a sentenze di condanna sono azionabili, in via alternativa o concomitante, sia i rimedi esecutivi ordinari, sia il rimedio dell'ottemperanza di fronte al giudice amministrativo. Come sottolineato recentemente dal Consiglio di Stato⁹⁰, possono essere esperiti entrambi i rimedi, alternativamente o cumulativamente, con l'unico limite del non poter conseguire due volte lo stesso risultato, con la conseguenza che le eventuali spese della procedura rimasta infruttuosa siano poste a carico del creditore. Esecuzione civile e giudizio di ottemperanza operano, quindi, in concorso, realizzando a favore del soggetto interessate un sistema di doppia tutela⁹¹.

⁹⁰ V. Cons. Stato, Sez. IV, 1 ottobre 2004, n.6362 “*Il Collegio ritiene opportuno ricordare che il privato, a favore del quale sia stata pronunciata dal giudice ordinario sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro, può scegliere, per realizzare il suo credito, tra l'esecuzione forzata ordinaria e l'azione di esecuzione innanzi al giudice amministrativo, atteso che la sentenza definitiva di condanna costituisce titolo idoneo per la proposizione del rimedio ex art. 37 della legge n. 1034 del 1971*”.

⁹¹ V. Cassaz., SS. UU., 31 marzo 2006, n. 7578 “*La giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte, infatti, è assolutamente univoca nel enunciare il principio, secondo il quale, la domanda di esecuzione di una sentenza di condanna della pubblica amministrazione, ancorché pronunciata da un giudice speciale, al pari di quella proposta nei confronti di qualsiasi altro debitore, introduce sempre una controversia di diritto soggettivo, la cui tutela, in fase esecutiva ed al fine della decisione sulle opposizioni ivi proposte, non può che competere al giudice ordinario, senza che rilevi la possibilità della proposizione del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo, trattandosi di rimedio complementare, che si aggiunge al procedimento di esecuzione previsto dal codice di rito, spettando poi alla libera scelta del creditore l'utilizzazione dell'uno o dell'altro*”.

Secondo prevalente orientamento giurisprudenziale⁹² l'azione di ottemperanza è ammissibile anche per il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo, quando ovviamente sia stato pronunciato nei confronti della pubblica amministrazione, ovvero nei confronti di un soggetto privato che sia tenuto, in forza del giudicato, al compimento di un'attività implicante esercizio di potestà pubbliche.

Solo in due eventualità i principi in materia non trovano applicazione: innanzitutto, quando la normativa prevede, a favore dell'amministrazione, deroghe al diritto comune, come nei casi di regimi speciali dei beni di proprietà pubblica o di divieti di pignoramento di somme di denaro aventi destinazioni particolari; in secondo luogo, quando l'esecuzione del giudicato ordinario richiede l'adozione di provvedimenti amministrativi da parte della pubblica amministrazione. In quest'ultimo caso, infatti, gli strumenti in possesso al giudice civile non sono idonei al raggiungimento dell'obiettivo attuativo, visto che solo al giudice amministrativo è consentita l'ingerenza nel merito dell'attività amministrativa.

Risulta, quindi, evidente come il giudizio di ottemperanza si traduca in un rimedio facoltativo e non obbligatorio, rispetto all'esecuzione forzata proponibile dinanzi al giudice ordinario, sicché i due rimedi possono integrarsi e completarsi a vicenda.

La facoltà dell'avente diritto di ricorrere ad uno strumento piuttosto che all'altro rappresenta, dunque, un aumento dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione⁹³.

⁹² V. TAR Toscana – Firenze, Sez. II, 7 dicembre 2011, n.1893

⁹³ V. Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2011, n. 6773

9. Il lodo arbitrale vale un sentenza?

Il lodo arbitrale ha dovuto superare degli ostacoli per vedere concessa la possibilità di proposizione dell'azione di ottemperanza. La peculiare natura dell'istituto ha sempre fatto oscillare gli esperti diritto, che spesso ne hanno escluso il carattere di pronuncia giurisdizionale pur essendovi una funzione decisoria.

L'aspetto maggiormente valorizzato dell'arbitrato era che il Collegio arbitrale, nell'esercitare la potestà decisoria per la risoluzione della controversia, essendo figlio di una convenzione, ha una caratteristica particolare che rifluisce nella natura privata della pronuncia. Elemento che ne ha costantemente determinato l'inquadramento come rimedio alternativo a quello giurisdizionale, con l'ovvia conseguenza che, non essendo esplicitazione di una funzione giurisdizionale, non potrebbe assumere l'autorità di cosa giudicata ai fini dell'attivazione del giudizio di ottemperanza.

Il *decisum* arbitrale non è riuscito, nonostante l'omologazione prevista dall'art. 825 c.p.c., ad essere assimilato ad una sentenza, soprattutto per quanto concerne la stabilità e definitività degli effetti. Sul punto, l'intervento modificativo della riforma del 2006 ha spazzato ogni dubbio sulla valenza del lodo arbitrale. Quest'ultimo non viene identificato con la sentenza, ma subisce l'equiparazione a livello di effetti. La lettera dell'art. 824-bis c.p.c., infatti, prevede: *“Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”*. Il legislatore ha, dunque, inteso dare al lodo, seppur non emanato nell'esercizio di un'attività giurisdizionale, tutti gli effetti della sentenza di primo grado immediatamente esecutiva. Ciò è testimoniato anche dal fatto che sono esperibili al riguardo tutti i mezzi di impugnazione consentiti, facendo, il lodo, “stato” tra le parti, disciplinandone i rapporti oggetto del giudizio arbitrale.

La disposizione contenuta nella lettera e) del secondo comma dell'art. 112 c.p.a.⁹⁴ fissa espressamente la nuova equazione, lodo – giudicato - ottemperanza, frutto del procedimento evolutivo fin qui esaminato.

⁹⁴ Art. 112, comma 2, lettera e) : *“L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'azione (...) dei lodi arbitrari esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato”*.

10. Ottemperanza e risarcimento del danno, da sempre due rette parallele

Secondo l'orientamento prevalente⁹⁵, il giudizio di ottemperanza e l'azione di risarcimento rappresentavano due rette parallele, per cui nel primo non era consentito avanzare pretese risarcitorie⁹⁶.

Ciò si basava su numerose considerazioni:

- a) il giudizio di ottemperanza non era idoneo ad accogliere pretese risarcitorie, le quali hanno come presupposto la specifica ed onerosa verifica, tipica dei procedimenti cognitivi, dell'esistenza degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano. Muovendosi nel campo di un giudizio essenzialmente di esecuzione, il contenuto di cognizione risulta decisamente basso, consistendo principalmente nell'interpretazione del provvedimento da eseguire e nella verifica dell'inadempimento dell'amministrazione. Ammettere il contrario equivarrebbe a stravolgere il ruolo del giudizio di natura esecutiva rispetto a quello cognitivo;
- b) secondo costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in merito all'estensione dei poteri del giudice, era da ritenere inammissibile il ricorso per ottemperanza con il quale si chiedeva un *quid pluris* rispetto al giudicato, non potendo il ricorrente ottenere nell'esecuzione più di quanto gli riconosca la pronuncia che ha accolto la sua pretesa;

⁹⁵ V. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4276

⁹⁶ DE ROBERTO A., Relazione sulla Giustizia Amministrativa", Roma, 2004, "(Il giudizio di ottemperanza) per l'incompletezza del contraddittorio, la sommarietà dei mezzi istruttori utilizzabili, la gestione in un unico grado, la posizione dominante riservata al commissario ad acta (...) mal si presta a divenire la sede per l'accertamento dell'an e del quantum del danno provocato al diritto dalla esplicazione del potere".

- c) la domanda di risarcimento rappresentava una domanda nuova soggetta al vaglio di due gradi di giudizi del giudice di cognizione. Ne consegue che, indipendentemente dalla natura del giudizio di ottemperanza, la domanda risarcitoria era assolutamente da escludere in sede di esecuzione di una sentenza del Consiglio di Stato;
- d) l'accorpamento delle due azioni comporterebbe la trasformazione del risarcimento del danno in una sorta di sanzione patrimoniale, quasi automatica, conseguente all'annullamento dell'atto amministrativo, lasciando per strada il dovere di accertare i presupposti tipici della fattispecie aquiliana. Questa verifica doveva spettare, senza dubbi, alla competenza del giudice della cognizione, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga in sede annullatoria o in separata sede, ma con la necessità che si tratti di un giudizio ordinario articolato sul doppio grado e a cognizione piena.

Nonostante la rigida presa di posizione della giurisprudenza amministrativa, erano presenti dei casi in cui era stata individuata la possibilità di avanzare la domanda di risarcimento per equivalente in sede di ottemperanza. Innanzitutto, come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato nella sentenza n. 942 del 2004, l'inammissibilità della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza valeva solo nel caso in cui la stessa concerna anche l'*an* del risarcimento; se, invece, si limitava al solo *quantum*, la domanda doveva ritenersi ammissibile. In caso di condanna generica, dunque, era possibile rivolgersi al giudice dell'esecuzione.

Ulteriore ipotesi riguardava la condanna di risarcimento in forma specifica, che non poteva essere portata ad esecuzione per eventi sopravvenuti che non consentivano il ripristino dello *status quo*. In questi casi, la difficile ricostruzione dell'illecito *ex art. 2043 c.c.* dell'amministrazione veniva effettuata dal giudice della cognizione. Se l'evolversi della situazione non rendeva possibili la reintegrazione dello *status quo ante*, poteva

considerarsi ammissibile optare, durante la fase esecutiva, per una semplice variazione della tutela nel campo del risarcimento del danno ingiusto. A rigore, la domanda per equivalente proposta in sede di ottemperanza non era considerabile come domanda nuova, ma, come evidenziato da un consolidato indirizzo giurisprudenziale, essa è da ricomprendere in quella diretta ad ottenere la reintegrazione in forma specifica, risultando un *minus* rispetto ad essa. Si poteva, di conseguenza, non violare il principio della corrispondenza fra chiesto e giudicato, essendo prevista la possibilità di disporre d'ufficio, a fronte di una richiesta di risarcimento in forma specifica, il risarcimento per equivalente.

Timide aperture giurisprudenziali si notavano anche riguardo alla possibilità di proporre domanda risarcitoria nel caso in cui la p.a. procurava un danno con la sua condotta inadempiente della sentenza di cognizione. In tali ipotesi, non ci si trovava di fronte ad una domanda di risarcimento in senso stretto, ma in una sfaccettatura dell'azione di ottemperanza, quasi il risarcimento fosse da considerare il surrogato del bene riconosciuto dalla sentenza di cognizione, non eseguito dall'amministrazione.

L'introduzione del nuovo Codice del processo amministrativo ha dato una svolta a tutti gli orientamenti precedenti. Il decreto correttivo ha successivamente perfezionato la nuova disciplina della materia. Il testo, prima della modifica, dell'art. 112 c.p.a. delineava due diverse fattispecie risarcitorie conseguibili in sede di ottemperanza. La prima, presente al terzo comma, riguardava la positivizzazione di un'ipotesi già presente nel sistema previgente, e cioè la proponibilità dell'azione di condanna al pagamento delle somme di denaro a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza nonché il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato. Vi è quindi una conferma della risarcibilità, in sede di ottemperanza, dei danni causati dalla pubblica amministrazione con la sua condotta successiva alla pronuncia della sentenza, così come già affermato dalla giurisprudenza

precedente⁹⁷.

La disposizione che presenta maggiori novità era, però, quella contenuta nel quarto comma dell'articolo in questione, che così disponeva: *“Nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario”*. La norma compie un notevole passo in avanti nel dibattito sul rapporto giudizio di ottemperanza – azione risarcitoria. Infatti, una volta appurato che, molto spesso, l'azione risarcitoria svolge un ruolo di completamento o residuale rispetto alla tutela risultante dal giudicato amministrativo demolitorio, si è considerata conseguenza necessaria il permettere alla parte di attendere la fase procedimentale in cui sarà effettivamente in grado di percepire il danno subito, e chiederne il corrispondente risarcimento. In particolare, se il privato può vantare un interesse legittimo pretensivo, dove l'attribuzione del bene della vita potrà essere definita solamente a seguito del riesercizio del potere da parte dell'amministrazione; solo in sede di attuazione il privato subirà il pregiudizio e avrà la possibilità di avanzare una pretesa risarcitoria.

L'azione di condanna nei confronti della pubblica amministrazione aveva così assunto, all'interno della struttura codicistica, una duplice veste. Da un lato vi era l'azione di risarcimento c.d. esecutiva, conseguente alla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato, dall'altro una generale azione risarcitoria, per la quale il processo si svolgeva come si trattasse di un giudizio di primo grado, apprestandosi un vero e proprio giudizio di cognizione.

Nonostante l'avvenuta rivoluzione normativa, non sono mancate ulteriori

⁹⁷ V. *supra*

problematiche, messe in luce anche dalla giurisprudenza⁹⁸⁹⁹, che si è espressa numerose volte in senso contrario in ordine alla proponibilità per la

⁹⁸ V. Cons. Stato, Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2031 “ *La domanda risarcitoria, ove la si voglia qualificare come autonoma, ai sensi dell’art. 112, co. 4, c.p.a., è comunque inammissibile per le seguenti ragioni.. Come evidenziato nella precedente ricostruzione dei fatti salienti di causa, tale domanda non è stata proposta all’interno di un giudizio di ottemperanza, come imposto dalla lettera e dalla ratio della norma sancita dal menzionato co. 4, primo periodo, secondo cui “Nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all’articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito” (in termini la relazione illustrativa, p. 51 “...è stata prevista la facoltà di proporre nel giudizio in esame anche le domande risarcitorie per i danni derivanti dalla mancata esecuzione...”)*).

Sul punto il nuovo codice ha cristallizzato un preciso orientamento giurisprudenziale, formatosi sotto l’egida della precedente normativa, che ammetteva la proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza solo per il ristoro dei danni insorti in occasione dell’esecuzione del giudicato (cfr. fra le tante, Cons. St., V, 28 febbraio 2006, n. 861; sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080); è evidente che nella specie non è stato instaurato alcun giudizio di ottemperanza ulteriore rispetto a quello fruttuosamente concluso con la richiamata decisione n. 3800 del 2010.

La domanda autonoma in esame non soddisfa neppure l’ulteriore requisito richiesto per la proposizione, ex art. 30, co. 5, c.p.a., dell’azione di condanna per la prima volta in sede di ottemperanza, dalla norma sancita dal più volte menzionato co. 4, secondo periodo: “In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario”). Nel caso di specie viene meno la regola basilare del doppio grado di giudizio essendo stata portata la domanda risarcitoria autonoma direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato. Come ricorda la relazione illustrativa “Ancora, è possibile proporre nel giudizio di ottemperanza per la prima volta le connesse domande di risarcimento del danno derivante dall’illegittimità del provvedimento “ (p. 51). Si tratta di una delle più significative innovazioni previste dal codice con riferimento al carattere cognitorio del processo di ottemperanza; la prevalente giurisprudenza precedente, infatti, era ferma nel ritenere inammissibile la proposizione di tale domanda risarcitoria (cfr., fra le tante, Cons. St, sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374; sez. IV, 21 ottobre 2004, n. 6914; sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 396). Il codice ha invece recepito l’indirizzo minoritario che ammetteva la proposizione, in sede di ottemperanza, della domanda risarcitoria dei danni discendenti dall’originario

illegittimo esercizio della funzione pubblica, a condizione, inter alios, che venisse introdotta davanti al T.a.r. per evitare la violazione del principio del doppio grado di giudizio (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332). Siffatta individuazione dell'ambito applicativo della norma in esame, oltre ad essere sostenuta sia dall'esegesi letterale che da quella storica, è conforme, in parte qua, alla sistematica del codice: l'art. 112, nell'imporre di seguire le "forme", i "modi" e i "termini" del processo ordinario è decisamente nel senso di risolvere il cumulo tra la domanda di esecuzione e quella risarcitoria mediante l'applicazione integrale del rito ordinario innervato dal principio generale del doppio grado di giudizio.

La tesi contraria non può trovare ingresso perché:

a) in un contesto normativo complessivamente attentissimo alla definizione delle regole sulla competenza, una deroga al riparto T.a.r. – Consiglio di Stato avrebbe dovuto esprimersi in modo chiaro ed esplicito;

b) l'azione risarcitoria "isolata", proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, vuoi per i danni direttamente discendenti dal cattivo esercizio della funzione pubblica, vuoi per i danni derivanti dalla mancata esecuzione del giudicato, appartiene sempre alla cognizione del T.a.r., nella logica propria del doppio grado;

c) allorché il codice ha inteso consentire, in materia di ottemperanza, in deroga agli ordinari criteri di distribuzione della competenza in senso verticale, che sia portata all'attenzione diretta del Consiglio di Stato la domanda risarcitoria (quella collegata all'inesecuzione del giudicato ex art. 112, co. 3), lo ha fatto senza richiamarsi ai limiti, alle forme ed ai modi dell'ordinario processo di cognizione".

⁹⁹ Cons. Stato, Sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693 *"La questione che attiene alla domanda risarcitoria si rivela invece più complessa, in particolare alla luce dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, e soprattutto ha riguardo alla domanda stessa quando proposta per la prima volta nel giudizio di ottemperanza. I ricorrenti non a caso si richiamano agli articoli 112, commi 2 lettera b), 3 e 4 – 30 e 34 del c.p.a., ma proprio la istanza di risarcimento de qua non trova nella fattispecie positivi supporti in quelle disposizioni.*

La Sezione infatti intende al riguardo conformarsi all'orientamento da ultimo espresso, per l'appunto alla luce del citato c.p.a., dalla Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2031 del 21 gennaio 2011, secondo cui la domanda risarcitoria, anche qualificata come autonoma, non può essere proposta per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza, e il giudice dell'ottemperanza è vincolato alla sentenza da ottemperare e deve attenersi al "dictum" della stessa.

prima volta, nel giudizio di ottemperanza, dell'azione risarcitoria.

Gli organi giurisdizionali hanno sottolineato come l'azione risarcitoria

E' stato così sottolineato come il nuovo codice, sul punto, ha sancito un determinato orientamento giurisprudenziale formatosi in precedenza, che ammetteva la proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza solo per il ristoro dei danni insorti in occasione dell'esecuzione del giudicato (cfr, fra le tante, Cons. St., V, 28 febbraio 2006, n. 861; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080) .

La possibilità di proporre nel giudizio di ottemperanza la "connessa domanda risarcitoria" costituisce pertanto una delle più significative innovazioni previste dal codice con riferimento al carattere cognitorio del processo di ottemperanza; la prevalente giurisprudenza precedente, infatti, era ferma nel ritenere inammissibile la proposizione di tale domanda risarcitoria (cfr, fra le tante, Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374; Sez. IV, 21 ottobre 2004, n. 6914; Sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 396). Il codice ha invece recepito l'indirizzo minoritario che ammetteva la proposizione, in sede di ottemperanza, della domanda risarcitoria dei danni discendenti dall'originario illegittimo esercizio della funzione pubblica, a condizione, inter alios, che venisse introdotta davanti al TAR per evitare la violazione del principio del doppio grado di giudizio (cfr, Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332).

Tale assunto è sostenuto sia dall'esegesi letterale che da quella storica, ed è conforme alla sistematica del codice stesso il cui articolo 112, nel prescrivere lo svolgimento del giudizio "nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario", risulta consentire la "connessione" fra la domanda di esecuzione e quella risarcitoria solo all'applicazione del rito ordinario improntato al principio generale del doppio grado di giudizio. Orbene, nella fattispecie è venuta meno proprio la regola basilare del doppio grado di giudizio posto che la domanda risarcitoria autonoma è stata portata direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato nel giudizio di ottemperanza.

Nessuna documentata e motivata domanda di risarcimento del danno né specifica azione di condanna sono state proposte in precedenza e quindi nessun giudicato si è formato per un'omessa pronuncia su di un capo di domanda e manca proprio una pronuncia di condanna sul punto emessa nell'apposito giudizio cognitorio (cfr, fra le tante, anche Cons. St., V, 16 giugno 2009, n. 3871; VI, n. 8008 dell'11 novembre 2010; V, n. 3690 del 21 giugno 2006). D'altra parte il superamento della regola del doppio grado può essere autorizzato solo da un'esplicita norma in tal senso che in atto non esiste né è stata posta nel recente c.p.a.".

dovesse necessariamente esser proposta in primo grado affinché non si violasse il principio del doppio gradi di giudizio valevole, per la sola giurisdizione amministrativa, in forza dell'art. 125 della Costituzione. Il d. lgs. 195/2011 ha rimodellato la disciplina, ristrutturando il comma 3 ed eliminando il comma 4 dell'art. 112.

La Commissione, cui spettava la modifica legislativa, ha avuto l'intento di risolvere le problematiche fin qui sorte in materia. La relazione illustrativa alla riforma afferma che: “ *all' art. 112 la parziale riformulazione del comma 3 chiarisce che, nel giudizio di ottemperanza, l'azione di risarcimento del danno dallo stesso disciplinata può essere proposta anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza: inoltre, si prevede l'abrogazione del comma 4, la cui formulazione poteva ingenerare equivoci: resta così chiarito che il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 5, deve essere chiesto sempre dinanzi al giudice di primo grado*”.

È sorta, dunque, una distinzione delle azioni risarcitorie basata sul contenuto dell'azione stessa. Da una parte vi è l'azione di risarcimento generale ex art. 30, co. 5, c.p.a., dall'altra quella derivante dal cattiva adempimento della parte soccombente. La prima, che deve necessariamente proporsi in primo grado per rispettare, come sottolineato dalla giurisprudenza, il doppio grado di giudizio, rappresenta uno sviluppo dell'effettività e della pienezza dell'art. 24 Cost.. Recita, infatti, l'art. 30, comma 5, c.p.a.: “*Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o comunque sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*”. Le forme e i termini di presentazione della domanda sono, quindi, quelli ordinari. L'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine decadenziale di centoventi giorni, che decorrono dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento lesivo. Nel determinare il risarcimento, il giudice valuta

tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti, escludendolo per quelli che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza¹⁰⁰.

La possibilità di presentare la domanda risarcitoria in sede di ottemperanza rappresenta, dunque, un potenziamento della tutela del privato, offrendo anche garanzie di certezza nei rapporti di rapporto pubblico, stante sia il termine decadenziale sia la norma relativa al concorso di colpa.

Il secondo tipo di azione è connesso “all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione”. Per questo tipo di domanda risarcitoria è consentita l'esperibilità anche in unico grado verso il giudice dell'ottemperanza, in deroga al principio espresso dall'art.125 Cost.

Il legislatore ha deciso, in sostanza, di offrire alla parte che ritiene di aver subito un danno, in ragione di vicende patologiche verificatesi durante l'esecuzione del giudicato, un percorso alternativo all'instaurazione di un nuovo giudizio. Una strada che si rivela più rapida, perché si svolge in un unico grado, consistente nella proposizione della relativa azione risarcitoria per la prima volta in ottemperanza: si tratta, con tutta evidenza, di una scelta legislativa dettata da ragioni economia processuale. L'ordinamento ha, infatti, la possibilità di risparmiare un grado di giudizio, garantendosi, allo stesso tempo, la copertura costituzionale dell'art. 125 Cost., vista l'opportunità per il soggetto interessato di instaurare un nuovo giudizio, attraverso l'azione di risarcimento generale ex art. 30, comma 5 c.p.a., per far valere la propria pretesa risarcitoria.

Pacificamente interpretata è la possibilità, sempre prevista dal comma 3

¹⁰⁰ Meccanismo ispirato a quello previsto dall'art. 1227 c.c.: “*Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”.

dell'art. 112 c.p.a., di proporre in sede di ottemperanza domande accessorie di interessi e rivalutazione. Come sottolineato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰¹, è ammissibile che la pronuncia sugli interessi corrispettivi e sulla rivalutazione monetaria sia adottata per la prima volta nel giudizio di ottemperanza, in quanto costituisce uno degli strumenti di determinazione del *petitum* originario. Per i giudici di Palazzo Spada, in sostanza, questo tipo di domanda comporta per il giudice dell'ottemperanza una semplice integrazione della pronuncia di cognizione, rientrando senza problemi tra le possibilità concesse al giudice.

¹⁰¹V. Con. Stato, Ad. Plen., 15 marzo 1989, n. 7

11. La novità del nuovo codice: l'ottemperanza c.d. di chiarimenti

Il ricorso di cui all'art.112 c.p.a. può essere chiesto anche per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. È uno strumento innovativo, apparso per la prima volta nel nuovo codice¹⁰².

Nel silenzio del legislatore, appaiono diverse problematiche soprattutto relative ai soggetti che possono proporre l'azione e ai poteri di integrazione di cui può disporre il giudice.

Per quanto concerne la prima questione, appare corretto estendere la legittimità a tutti i soggetti interessati¹⁰³. Tendenzialmente, è la stessa amministrazione inadempiente che si trova più spesso nella situazione di dover chiedere chiarimenti per ottemperare alla sentenza di cognizione. Ma anche lo stesso ricorrente può anticipare i tempi, ritenendo che l'amministrazione stia procedendo in modo scorretto. Si tratterebbe, allora, di una sorta di tutela esecutiva *ex ante*, diversamente dal classico ricorso per l'ottemperanza che, invece, conferisce un tutela *ex post*.

Più dibattuta è la posizione del controinteressato, da alcuni escluso in quanto estraneo alla vicenda esecutiva che riguarda, invece, il privato e la pubblica amministrazione. Sembra, però, più corretto sottolineare come l'ottemperanza riguardi anche la sua posizione, dovendosi tenere presente che l'attività del giudice dell'ottemperanza non è meramente esecutiva ed è,

¹⁰² V. TRAVI A., "Lezioni di giustizia amministrativa", 2012, p. 370, "In base al codice il giudizio di ottemperanza può essere esperito per ottenere anche solo chiarimenti sulle modalità dell'ottemperanza. Il ricorso al giudice dell'ottemperanza, in questo caso, non presuppone un'inottemperanza, ma presuppone incertezze sugli effetti della sentenza da eseguire, sugli adempimenti necessari per l'esecuzione, ecc.. Di conseguenza, nello stesso caso, si deve ammettere che il ricorso al giudice dell'ottemperanza possa essere proposto anche dalla parte tenuta a dare esecuzione alla sentenza, quando ritenga necessario che siano forniti i chiarimenti in questione al fine di poter poi procedere all'esecuzione stessa".

¹⁰³ Si fa riferimento alle c.d. parti sostanziali, cioè quelle che risultano titolari di un interesse a ricorrere, differenziandole da quelle c.d. formali, la cui qualificazione dipende semplicemente dall'aver partecipato al processo. V. MANDRIOLI C., "Diritto processuale civile", Torino, 2002, p. 146

dunque, giustificato che egli venga coinvolto, ben potendo la sua posizione essere lesa dalla vicenda principale.

Il decreto correttivo 195 del 2011 ha esteso l'azione anche al commissario *ad acta* (art. 114, comma 7).

I provvedimenti per i quali è possibile intraprendere questo procedimento sono tutti quelli elencati dall'art. 112, comma 2 del codice. Decisamente più arduo è individuare qual è la portata dei poteri concessi al giudice amministrativo in questa sede. In particolare, è da comprendere se è possibile per chi giudica integrare il disposto della sentenza da eseguire o se è necessario rimanere tra i paletti di ciò che il giudice della cognizione ha scritto.

La prima posizione è sostenuta da chi intravede nell'ottemperanza di chiarimenti un vero e proprio giudizio di ottemperanza e, di conseguenza, il giudice dovrebbe disporre di tutti i poteri che il Titolo I gli concede.

La tesi restrittiva si basa, invece, sulla lettera della norma. Facendo la norma riferimento a semplici chiarimenti ed essendo concessa la possibilità di considerare questa azione proponibile in veste anticipatoria rispetta all'ottemperanza classica, non pare condivisibile la possibilità di concedere poteri al giudice che vadano oltre la semplice esplicazione della modalità già disciplinate dal giudice di cognizione.

Come spesso accade, probabilmente la situazione va cercata in una posizione intermedia. Prendendo come riferimento gli atti per cui è possibile chiedere l'ottemperanza di chiarimenti, sembra preferibile adottare la soluzione restrittiva per i provvedimenti previsti dalla lettera c) dell'articolo 112, e cioè le sentenze passate in giudicato del giudice ordinario. Avendo, in questo caso, il giudice dell'ottemperanza poteri di mera esecuzione, lo stesso dovrebbe valere per gli eventuali chiarimenti richiesti dai soggetti interessati. Al contrario, per le sentenze del giudice amministrativo non ci sono questi limiti e, conseguentemente, potrebbe essere ammissibile concedere al giudice poteri integrativi delle disposizioni

che lo stesso organo giurisdizionale ha disposto in sede cognitiva.

Quello che comunque rimane è che l'accesso al giudizio di ottemperanza non richiede più, come unica condizione necessaria e sufficiente, l'inosservanza dell'obbligo più generale della pubblica amministrazione di dare esecuzione ai provvedimenti giurisdizionali e, in particolare, di quelli del giudice amministrativo: tutte le parti sostanziali del giudizio possono richiedere i chiarimenti necessari per assicurare l'ottemperanza al *decisum*.

CAPITOLO IV

I PRESUPPOSTI DELL'AZIONE DI OTTEMPERANZA E I LIMITI AL POTERE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1. L'azione di ottemperanza consegna al giudice un ampio spettro di poteri

I poteri in capo al giudice dell'ottemperanza hanno sempre rappresentato un punto di difficile focalizzazione per gli studiosi del diritto. Fino agli anni '70, dominava l'opinione più restrittiva sulla loro ampiezza, anche perché lo spazio riservato al giudizio di ottemperanza era limitato ai casi in cui l'adozione dei provvedimenti sostitutivi si presentasse come priva di margini di discrezionalità.

Solo col tempo la forbice si è allargata, ampliando le prospettive dei poteri concessi al giudice, anche per merito della valorizzazione *ope legis* della giurisdizione di merito¹⁰⁴ estesa al giudizio in questione. È ormai assodato, infatti, come l'ottemperanza rappresenti la principale ipotesi di giurisdizione estesa al merito, regalando all'organo giudicante l'ampiezza dei poteri necessari a sostituirsi all'amministrazione inadempiente, con la possibilità di realizzare gli effetti da conseguire, anche tramite l'adozione di provvedimenti a carattere discrezionale. A tal proposito è chiaro il riferimento contenuto nell'art. 134 c.p.a. che indica, tra le materie per cui il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al

¹⁰⁴VIRGA P, "Diritto amministrativo - Atti e ricorsi", Milano, 2001, p. 249, "La giurisdizione di merito rappresenta un plus rispetto a quella di legittimità, nel senso che, il tribunale amministrativo, oltre ai normali poteri della giurisdizione di legittimità, gode di poteri più ampi, potendo accertare, in maniera più ampia e penetrante, i fatti e potendo sostituirsi alla autorità amministrativa mediante la riforma del provvedimento impugnato".

merito, “*l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV*”.

A farci da bussola sulla tipologia di poteri forniti al giudice dell’ottemperanza è il quarto comma dell’art. 114 c.p.a.. In particolare il giudice, con valutazioni discrezionali da effettuare caso per caso¹⁰⁵, può:

- a) ordinare l’ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l’emanazione dello stesso in luogo dell’amministrazione;
- b) dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;
- c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determinare le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvedere di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;
- d) nominare, ove occorra, un commissario *ad acta*;
- e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissare su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo.

Per quanto riguarda il punto a), come evidenziato anche dal Consiglio di Stato¹⁰⁶, in sede di giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo ha la

¹⁰⁵ Anche la Corte di Cassazione ha ritenuto compresa nella discrezionalità del giudice in sede di ottemperanza l’individuazione dei mezzi più consoni per assicurare l’esecuzione del giudicato, provvedendo direttamente o tramite commissario: cfr. Corte Cassaz. SS. UU., 28 giugno 1991, n. 7226, “*Queste Sezioni Unite hanno avuto a loro volta occasione di precisare che rientra nella discrezionalità del giudice amministrativo in sede di ottemperanza la individuazione dei mezzi idonei ad assicurare la esecuzione del giudicato e che l’intervento sostitutivo di detto giudice si può esplicare sia attraverso l’adozione diretta di statuizioni amministrative, sia attraverso la nomina di commissario ad acta avente il compito di adottare gli atti occorrenti alla effettiva attuazione del giudicato in sostituzione dell’Amministrazione inerte*”.

facoltà di esercitare cumulativamente sia poteri sostitutivi che poteri cassatori e ordinatori, potendo, di conseguenza, integrare l'originario disposto della sentenza ottemperanda, spostandosi dalla mera esecuzione alla più ampia attuazione, e dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva¹⁰⁷. In poche parole, al giudice dell'ottemperanza è concesso agire statuendo analogamente a quanto accade nel giudizio di esecuzione, avendo a disposizione la possibilità di risolvere eventuali problemi interpretativi incidentali.

Interessante è anche quanto disposto dalla lettera c) dell'articolo esaminato, che riguarda i provvedimenti non ancora passati in giudicato, ormai equiparati, a livello di disciplina, con quelli su cui si è formato il giudicato¹⁰⁸. La precarietà di un provvedimento ancora impugnabile richiede un'attenta esegesi dei poteri concessi al giudice. È, infatti, compito di quest'ultimo prendere i provvedimenti che da una parte seguano le indicazioni poste dalla pronuncia, ma che dall'altra non compromettano, nel caso di impugnazione della sentenza e sempre tenendo conto del dovuto equo contemperamento degli interessi in gioco, l'assetto a vantaggio della parte che poi dovesse risultare soccombente per effetto del giudicato. Inoltre spetterà al giudice il controllo su eventuali violazioni o elusioni successive, considerando i relativi atti come inefficaci. Quindi, a differenza di quanto accade per le sentenze passate in giudicato, per le quali gli eventuali atti elusivi o violativi sono da considerare nulli (lettera b)), per le

¹⁰⁶ V. Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796, “*Il giudice amministrativo, cioè, in sede di giudizio di ottemperanza, può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera «esecuzione», ma «attuazione» in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva. Nel giudizio di ottemperanza, in definitiva, il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, resolvendo eventuali problemi interpretativi che comunque sarebbero devoluti alla sua giurisdizione*”.

¹⁰⁷ Sul punto v. *infra* Cap. III, Par. 5

¹⁰⁸ V. Cap. III, Par.3

sentenze esecutive il legislatore ha disegnato non un giudizio principale sulla nullità, ma un giudizio incidentale in cui si valuta il profilo effettuale della nullità stessa.

L'ultima parte della norma contenuta nella lettera c) sottolinea come il giudice debba provvedere di conseguenza tenendo conto degli effetti che ne derivano. Il testo appare tutto fuorché chiaro. La prima stesura, analizzabile attraverso i lavori preparatori, si limitava ad un "*provvede di conseguenza*", mentre nella versione successiva era previsto che il giudice determina le modalità esecutive "*considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza tenendo conto degli eventuali effetti prodotti*". Il testo sembrava far riferimento al fatto che il giudice dovesse considerare gli eventuali effetti che gli atti in questione avevano prodotto medio tempore, fino al momento in cui egli valutava incidentalmente la loro inefficacia. Vi era anche la possibilità di leggerlo ritenendo che il giudice dovesse tener conto degli effetti prodotti dalla sua valutazione di inefficacia.

La versione definitiva si discosta, ma si mantiene altrettanto oscura. Il riferimento agli "effetti che ne derivano" sembra collegabile alle conseguenze successive alla dichiarazione di inefficacia e, di conseguenza, alla necessità di adottare statuizioni sostitutive. Ma potrebbe comunque prospettarsi una soluzione che riconduce gli effetti agli atti violativi o elusivi e non alla decisione sull'inefficacia. Mancano, inoltre, dei riferimenti ai criteri ai quali deve ispirarsi il giudice nell'effettuare tali valutazioni e prendere i dovuti provvedimenti.

Tra i poteri del giudice vi rientrano anche la nomina del commissario *ad acta*, la cui figura sarà analizzata nel corso di questa discussione, e la possibilità di fornire chiarimenti¹⁰⁹ in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario.

¹⁰⁹ Sul punto v. Cap. III, Par. 11

2. La violazione e l'elusione del giudicato: prospetti interpretativi

Punto di partenza dell'analisi dei presupposti del giudizio di ottemperanza deve essere necessariamente la constatazione che, anche dopo la pronuncia del giudice amministrativo che annulli un provvedimento illegittimo, non viene inibito il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione. Nonostante gli interventi giurisdizionali, infatti, il potere originariamente concesso all'amministrazione rimane sempre vivo ed integro. Tuttavia, non si tratta più di un potere libero, visto che non si rapporta più con l'astratta disciplina normativa, ma fa riferimento alla *regula iuris* identificata dall'organo giudicante.

Come è noto, ed è questo il presupposto fondamentale dell'ottemperanza, ciò può comportare un cattivo riesercizio del potere, configurabile in una elusione o violazione del giudicato. Secondo l'interpretazione storicamente più risalente, l'azione di ottemperanza era ammessa nei soli casi di totale inerzia dell'amministrazione inadempiente o di rifiuto di adeguarsi da parte della stessa. Qualsiasi atto di adempimento, anche se parziale o incompleto o elusivo della *regula iuris*, impediva, invece, l'utilizzo dello strumento esecutivo. L'emanazione di un nuovo atto era, infatti, considerata come una nuova manifestazione del potere dell'amministrazione, che quindi richiedeva, eventualmente, un nuovo ricorso ordinario in sede di legittimità. Solo a partire dagli anni Sessanta si ebbe il progressivo riconoscimento dell'azionabilità esecutiva delle pretese del soggetto leso dal provvedimento amministrativo emanato dopo il giudicato.

Non è mai stato agevole, e non lo è tuttora, identificare e distinguere le fattispecie che concretizzano la violazione e l'elusione del giudicato. La prima pietra al riguardo fu apposta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 19 marzo 1984, n. 6¹¹⁰. I giudici risolvono la questione

¹¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 19 marzo 1984, n. 6, "In generale gli atti emanati dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale, sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati

della dicotomia tra violazione ed elusione del giudicato utilizzando come criterio il contenuto dell'atto emanato dall'amministrazione: alla discrezionalità di potere nell'ottemperare corrisponde l'illegittimità dell'atto, da impugnare con il ricorso ordinario; alla vincolatività del potere nell'ottemperare corrisponde, invece, l'inadempimento al giudicato, impugnabile dinnanzi al giudice dell'ottemperanza. Quando dal giudicato, sottolinea il Consiglio di Stato, deriva un obbligo talmente puntuale da non lasciare spazio all'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, l'ottemperanza al giudicato si concreta nell'adozione di un atto il cui contenuto è integralmente estraibile dalla sentenza, con la conseguenza che gli eventuali atti difformi, facilmente identificabili, risultano emessi in carenza di potere e dichiarabili nulli in sede di ottemperanza.

Questa distinzione tra provvedimenti nulli e provvedimenti annullabili è stata definitivamente superata grazie alla legge sul procedimento amministrativo, così come riformata dalla legge n. 15/2005, che, introducendo l'art. 21 *septies*, comma 2, stabilisce chiaramente la nullità del provvedimento adottato tanto in elusione quanto in violazione del giudicato. Secondo il legislatore, l'amministrazione non ha più un potere amministrativo generale dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ma un obbligo di conformazione alla statuizione del giudice amministrativo. Dunque, l'atto emanato in maniera contrastante rispetto al vincolo posto dal giudicato è affetto da un vizio tale da renderlo nullo. Le ipotesi di mera illegittimità, non concretizzatesi in violazione o elusione del giudicato, restano sottoponibili al ricorso ordinario di cognizione. La nullità dell'atto comporta che il giudice ha la facoltà di decidere sulla questione anche qualora lo stesso non venga impugnato dalla parte, essendo il vizio rilevabile *ex officio* ed essendo il giudice dotato di giurisdizione esclusiva

nella sentenza, giacché in tale evenienza sarebbe pur sempre configurabile un vizio di legittimità del nuovo procedimento, da far valere nei modi, nei termini e con le garanzie proprie del ricorso ordinario”.

oltre che di merito.

L'art. 21 *septies*, comma 1, l. n. 241/1990 precisa che le questioni inerenti alla nullità dei procedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'art. 133 c.p.a. indica le materie di giurisdizione esclusiva, e alla lettera a.5) inserisce le questioni sulla nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato. Si è sostenuto in dottrina che le norme in questione comporterebbero un attrazione della violazione e dell'elusione del giudicato nell'area della giurisdizione esclusiva, senza l'ulteriore precisazione dell'estensione della cognizione anche al merito dell'azione amministrativa. Ciò farebbe pensare che, volendosi accentuare la natura cognitoria di questa fase processuale a discapito di quella esecutiva, si preferiva togliere spazio alla giurisdizione di ottemperanza in favore di quella cognitoria.

Questa posizione dottrinale, ad un'analisi attenta, sembra risultare pretestuosamente attaccata alle parole delle norme. Il legislatore, infatti, introducendo l'art. 21 *septies*, non ha ritenuto di dover ribadire in una norma sostanziale le statuizioni già previste nelle norme processualistiche¹¹¹. Sembra, quindi, corretto escludere che con la riforma del 2005 il giudice abbia voluto operare una diminuzione di tutela verso i cittadini, vista la fondamentale importanza ormai assunta dal giudizio di ottemperanza.

La presenza della norma contenuta nella legge sul procedimento amministrativo non sostituisce il sistema ordinario di ottemperanza, risultando evidenti le differenze fra le due tutele. Il giudizio di ottemperanza, infatti, può riguardare tutta una serie di atti e comportamenti tenuti dell'amministrazione che risultino elusivi o violativi del giudicato; il

¹¹¹ V. Art. 27, T.U. Cons. Stato, *“Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito: [...] dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico”*.

giudice in questo caso ha un'ampia gamma di poteri, come ad esempio la nomina del commissario *ad acta*, non presenti nel giudizio di nullità. Quest'ultimo prende sempre di mira un atto amministrativo e segue il rito ordinario, palesandosi come un giudizio di accertamento. La tutela in sede di ottemperanza non preclude, dunque, l'accertamento della nullità da parte del giudice amministrativo¹¹².

Il codice del processo amministrativo introduce una disciplina generale che ingloba tutta la casistica di inesecuzione, violazione e elusione del giudicato e la sottopone all'esperibilità dell'azione di ottemperanza. In particolare ai sensi dell'art. 114, comma 4, lettera b, il giudice dell'ottemperanza, una volta accolto il ricorso, può dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato. Il giudice, come precisa il comma 6, conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, avendo, quindi, la possibilità di dichiarare la nullità degli atti viziati.

Tali previsioni prevalgono sulla disciplina generale dell'art. 31 c.p.a., che, del resto, pur prevedendo una specifica azione per la declaratoria di nullità, allo stesso tempo salvaguarda la facoltà del giudice di rilevare, d'ufficio ed

¹¹² V. TAR Veneto, Sez. II, 27 luglio 2007, n. 2601, “*L'inclusione, nel corpo della legge sul procedimento n. 241 del 1990, per la prima volta di alcune ipotesi di nullità, tra cui quella per elusione del giudicato, non ha affatto inteso sostituirsi all'ordinario giudizio di ottemperanza. Risultano evidenti le differenze procedurali e sostanziali tra le due tipologie: il giudizio in ottemperanza concerne non solo atti dell'amministrazione, ma altresì comportamenti e inerzie, risulta esteso al merito e consente anche la nomina di un commissario ad acta, risulta soggetto a una speciale procedura in camera di consiglio. Il giudizio di nullità invece, anche quello per elusione del giudicato, riguarda sempre un atto amministrativo, è un giudizio di accertamento, segue il rito ordinario e quindi non consente un'estensione al merito né la nomina di un commissario ad acta. In altri termini, la nullità conseguente all'elusione del giudicato implica un giudizio affatto diverso da quello di ottemperanza, per ragioni sostanziali e formali. Inoltre il comma secondo dell'art. 21 septies, laddove prevede la giurisdizione esclusiva, si riferisce solo all'azione dichiarativa della nullità del provvedimento amministrativo, adottato in violazione o elusione del giudicato ed alle azioni di risarcimento del danno, e non modifica affatto la disciplina del giudizio di ottemperanza, quale giudizio teso all'esecuzione della sentenza giurisdizionale, disciplinato dall'articolo 27 n. 4 t.u. Consiglio di Stato con la prescrizione decennale dell'azione e la giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo. In conclusione sul punto, la pronuncia sul giudizio di ottemperanza non preclude a questo giudice l'esame della censura di nullità del provvedimento gravato per elusione del giudicato*”.

in ogni tempo, la nullità dell'atto. Alla nullità consegue, poi, l'inefficacia dell'atto, e, quindi, l'impossibilità di applicarlo ai fini della decisione, come conferma anche la lettera c) del medesimo art. 114, secondo cui, nell'ipotesi di esecuzione di una pronuncia non passata in giudicato, il giudice provvede considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione, quale ipotesi minore rispetto alla dichiarazione di nullità per violazione del giudicato (lettera b)), e che, quindi, evidenzia come l'accertata nullità imponga di disapplicare incidentalmente i medesimi atti viziati.

Come afferma parte della giurisprudenza, questa disciplina processuale, conformemente alle previsioni della legge sul procedimento amministrativo, appaiono come meramente ricognitive di un più generale principio del nostro ordinamento, fondato sulla separazione fra i tre poteri dello Stato e sulla effettività della tutela giurisdizionale. Ne consegue che ogni atto dell'amministrazione è radicalmente nullo se adottato "in difetto assoluto di attribuzione", cioè al di fuori delle potestà pubbliche attribuite dall'ordinamento costituzionale al potere esecutivo, ovvero, *mutatis mutandis*, se adottato in violazione delle prerogative costituzionali del potere legislativo o di quello giurisdizionale, causando, ad esempio, una violazione o elusione del giudicato: in questo caso l'atto è inidoneo a produrre qualunque effetto giuridico, non essendo in grado di intercettare ed affievolire la pretesa sostanziale del ricorrente al bene della vita consentito dall'esecuzione del giudicato ed essendo consentito al giudice dell'ottemperanza, nell'ambito della sua giurisdizione estesa al merito, di accertare incidentalmente la sua nullità e di procedere oltre.

Mentre il concetto di violazione del giudicato come contenuto non conforme del provvedimento alle statuizioni giudiziali appare di semplice individuazione, il nodo cruciale, ovvero l'identificazione delle fattispecie che rientrano nella categoria dell'elusività, resta ancora affidato all'interpretazione delle corti.

L'elusione, come ribadito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹¹³, rappresenta un fenomeno diverso dall'aperta violazione del *decisum*, sussistendo in quei casi in cui l'amministrazione, pur intraprendendo un'attività provvedimentale esecutiva dei precetti della pronuncia, tenda in realtà ad aggirare questi ultimi sul piano sostanziale, in modo da raggiungere il risultato acquisito dall'atto dichiarato illegittimo.

Pur se non copiosa, la giurisprudenza pare essere concorde su questa definizione di elusione del giudicato come aggiramento del contenuto precettivo del giudicato amministrativo¹¹⁴¹¹⁵. Si tratta, con tutta evidenza, di

¹¹³ V. Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8252, “Come è noto, la nullità per violazione o elusione del giudicato è oggi prevista dall’art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, nr. 241, introdotto dalla novella del 2005 anche in recepimento di pregressa giurisprudenza che già aveva delineato i vizi in questione: al riguardo, mentre nella prassi applicativa pochi problemi sono sorti quanto all’ipotesi di violazione del giudicato (ravvisandosi questa nel caso in cui il nuovo atto emanato dalla p.a., in apparente esecuzione del *decisum* giurisdizionale, riproduca i medesimi vizi già in tale sede censurati, o comunque si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla pregressa statuizione del giudice), più evanescenti sono i contorni della diversa figura dell’elusione. Sul piano semantico-lessicale, appare evidente che quest’ultima configura un fenomeno diverso dall’aperta violazione del *decisum*, sussistendo in quei casi in cui l’Amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire l’obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da pervenire surrettiziamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo. La non copiosa giurisprudenza che si registra in materia rileva che il vizio de quo sussiste laddove l’amministrazione, piuttosto che riesercitare la propria potestà discrezionale in conclamato contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo, cerchi di realizzare il medesimo risultato con un’azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l’esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che la giustificano. Alla Sezione non sfugge la delicatezza della valutazione cui è chiamato il giudice amministrativo in sede di ottemperanza in casi come quello che occupa, laddove si tratta di individuare gli elementi sintomatici di un ipotetico sviamento di potere – nel senso appena precisato – all’interno di un contesto in cui le valutazioni dell’Amministrazione, almeno nell’esercizio ordinario delle proprie attribuzioni, sono connotate da amplissima discrezionalità, anche in connessione con la rilevanza costituzionale dell’organo di autogoverno cui dette attribuzioni sono conferite dal legislatore”.

¹¹⁴ V. Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861, “Per altro, costituisce orientamento giurisprudenziale altrettanto fermo quello secondo cui, perché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato - che comporta la radicale nullità dei provvedimenti che ne sono affetti ed è deducibile direttamente in sede di ottemperanza, indipendentemente dalla loro impugnazione nel termine di decadenza - non è sufficiente che la nuova azione amministrativa posta in essere dall’Amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l’assetto degli interessi definito dalla pronuncia passata in giudicato, essendo necessario che l’Amministrazione eserciti nuovamente la medesima

una valutazione molto delicata per il giudice amministrativo in sede di ottemperanza, anche perché la cognizione del giudice si muove all'interno di un contesto in cui le valutazioni effettuate dall'amministrazione sono connotate da amplissima discrezionalità. Per questo è fondamentale individuare dei criteri o dei parametri certi che fungano da guida per il sindacato giurisdizionale.

A tal proposito, la giurisprudenza ha elaborato dei principi generali e dei doveri che l'amministrazione deve eseguire in sede di adeguamento alla decisione giudiziale. Innanzitutto, essa ha il dovere non solo di uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice, ma deve anche muoversi all'interno dei limiti imposti dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva consolidata in sentenza, avendo cura di prendere diligentemente in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione. L'amministrazione, inoltre, deve valutare non solo i profili oggetto della decisione, ma pure quelli ad ogni modo rilevanti per provvedere

potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che lo giustificano; cosicché non è prospettabile tale vizio qualora l'Amministrazione incida sull'assetto di interessi definito dal giudicato esercitando, per il fine suo proprio, un potere diverso da quello già esercitato ovvero utilizzando un nuovo istituto giuridico ed al di fuori della figura del manifesto sviamento di potere”.

¹¹⁵ V. Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348, “È stato affermato, infatti, che ai sensi dell'art. 21-septies, l. 7 agosto 1990 n. 241, mentre la violazione del giudicato ricorre quando il nuovo atto emanato dalla Pubblica amministrazione riproduce i medesimi vizi già in tale sede censurati, o comunque si pone in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla pregressa statuizione del giudice, l'elusione sussiste nei casi in cui l'Amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti dal giudicato, tende in realtà a perseguire l'obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da pervenire surrettiziamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo. Il vizio de quo sussiste, quindi, laddove l'Amministrazione, piuttosto che riesercitare la propria potestà discrezionale in conclamato contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo, cerca di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa, in palese carenza dei presupposti che la giustificano” .

sull'oggetto della pretesa, allo scopo di evitare sviamenti elusivi. In sede di riesame della vicenda controversa, al fine di adempiere nella maniera più corretta, l'amministrazione ha, quindi, il dovere di verificare in maniera rigorosa tutti i profili rilevanti, esaminando la situazione nella sua interezza, con l'obiettivo di realizzare concretamente l'utilità ricercata, e confermata dal giudice amministrativo, del ricorrente.

L'argomento richiede l'analisi di una fattispecie chiarificatrice. La V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6688/2011, ha deciso sul ricorso di un'associazione sportiva dilettantesca (Real Fettuccina) contro il Comune di Roma, in persona del Sindaco. La società ricorrente chiedeva al giudice amministrativo l'ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato (n. 01134/2009), resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione in concessione di un impianto sportivo comunale verso un'altra società sportiva dilettantistica (Due Ponti s.r.l.). La società ricorrente, uscita vittoriosa da entrambi i gradi del giudizio cognitorio, otteneva la ripetizione della gara con esclusione della società controinteressata. L'aggiudicazione in favore di Real Fettuccina, pervenuta con determinazione dirigenziale n. 1334/2010, è stata successivamente revocata dal Comune, che ha disposto la revoca della citata determinazione, con l'intenzione di garantire la riserva di pubblica utilità dell'impianto, in nome della probabile futura candidatura della città di Roma come sede olimpica. La società in questione ha, così, proposto ricorso in ottemperanza per ottenere l'attuazione della sentenza del Consiglio di Stato che la vide vittoriosa, con conseguente ordine di disporre la consegna dell'impianto sportivo oggetto dell'aggiudicazione. L'eccezione dell'amministrazione coinvolta in giudizio si fondava sul presupposto secondo cui l'esecuzione della sentenza di annullamento della procedura competitiva sarebbe stata assicurata mediante la ripetizione della procedura, mentre uscirebbe dall'orbita dell'effetto conformativo della pronuncia la concreta esecuzione dell'aggiudicazione mediante attribuzione al ricorrente vittorioso del bene della vita, rappresentato dall'effettiva

assegnazione della disponibilità dell'impianto sportivo. Il Consiglio di Stato non ha ritenuto condivisibile questa eccezione, in virtù dei canoni costituzionali e comunitari di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall'art. 1 del codice del processo amministrativo. Secondo i giudici la portata dell'obbligo comportamentale sancito nella pronuncia giudiziaria non può sganciarsi dall'apprezzamento dell'interesse sostanziale al quale è preordinata la proposizione del ricorso. Ne deriva che, anche se la sentenza si limitava all'annullamento della procedura con conseguente riedizione, l'amministrazione è tenuta, allo scopo di soddisfare l'interesse del ricorrente vittorioso, non solo a ripetere la procedura senza i vizi sottolineati dalla sentenza, ma anche, in caso di esito positivo per il ricorrente, a provvedere all'emanazione degli atti, consequenziali all'aggiudicazione, necessari ad assicurare al ricorrente l'utile richiesto.

Una diversa impostazione, che ritenesse soddisfatto il vincolo predisposto dal giudicato mediante la semplice ripetizione del procedimento e la consegna di un atto favorevole sulla carta, ma concretamente improduttivo di effetti, porterebbe ad una chiara elusione sostanziale della pronuncia, frustrando le finalità intrinseche del giudizio di ottemperanza. Finalità elusiva confermata dalla considerazione che il comportamento dell'amministrazione, che dichiarava l'intenzione di riservare la disponibilità pubblica dell'impianto, è stato contraddetto dalla precedente occupazione della società aggiudicataria della gara poi rivelatasi viziata e da ripetere.

È evidente, dunque, come l'atto adottato dal Comune di Roma si presenti come elusivo del giudicato, e, quindi, affetto da nullità, secondo le norme previste nell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 e negli artt. 31, comma 4, e 114, comma 4, lettera b), del codice del processo amministrativo.

La fattispecie elusiva, dunque, richiede un'attività approfondita da parte del giudice dell'ottemperanza, che ha il dovere di vigilare che gli ordini designati dalle sentenze del giudice della cognizione si concretizzino in una

puntuale tutela dell'interesse del soggetto leso, al quale non è, ovviamente, sufficiente una soddisfazione puramente formale, ma è doveroso, a garanzia dei suoi diritti fondamentali, un adeguamento concreto della propria posizione soggettiva. Il delicato compito dell'organo giudicante è, quindi, quello di un'attività interpretativa volta a questo scopo, mancando norme che forniscano dei riferimenti sostanziali alla sua attività.

3. Il commissario *ad acta*: natura giuridica

Nello spettro dei poteri concessi al giudice dell'ottemperanza vi rientra, come precisa l'art. 114, comma 4, lettera d), la nomina di un commissario *ad acta* che si sostituisca all'amministrazione inadempiente. Esso rappresenta, probabilmente, l'istituto maggiormente caratteristico e delicato del profilo esecutivo amministrativo. Infatti, con la sua attività, svolge una sorta di punto di fusione tra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa.

Questa figura è stata creata dalla giurisprudenza *praeter legem* per esigenze di natura pratica; è sempre stata sconosciuta al legislatore, sino al recente codice del processo amministrativo.

Il perché è stato creato risulta abbastanza semplice. La riluttanza, constatata nella prassi, della pubblica amministrazione di adeguarsi alle decisioni giudiziali, creando a volte un vero e proprio muro ostruzionistico, ha costretto la giurisprudenza a trovare i meccanismi adeguati per non far rimanere le sentenze pura lettera morta. Attesa la normale inefficacia dei mezzi di coazione indiretta e constatata la fisiologica difficoltà per l'organo giudicante di sostituirsi *in toto* all'amministrazione inadempiente, era necessario costruire una figura che consentisse di rendere concrete le statuizioni giudiziali pronunciate dal giudice amministrativo, cercando, ovviamente, di mantenere la maggiore coerenza possibile con l'ordinamento, evitando di incontrare la scure degli organi giurisdizionali di controllo.

Risale al 1928 la prima pronuncia del Consiglio di Stato che ha riconosciuto al giudice amministrativo la possibilità di avvalersi dello strumento commissariale nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Il suo compito diviene quello di garantire sul piano amministrativo l'esecuzione degli atti giurisdizionali, affermandosi come strumento idoneo a fronteggiare le inerzie dell'attività amministrativa. La nomina di un soggetto qualificato

con il compito di sostituirsi all'amministrazione inadempiente è parsa la scelta migliore per risolvere le problematiche citate, garantendo effettività della tutela e lo sgravamento dei compiti del giudice dell'ottemperanza, non esautorando, comunque, i poteri di controllo e vigilanza di quest'ultimo¹¹⁶. La figura del commissario è stata a lungo al centro della discussione tra gli operatori del diritto sulla sua natura giuridica. Analizzando l'evoluzione normativa e dottrinale, nonché seguendo le linee interpretative fornite dalla giurisprudenza, è possibile raggiungere delle risposte a questo interrogativo. La prima posizione ideologica sulla natura del commissario vede quest'ultimo come organo straordinario dell'amministrazione¹¹⁷. Agendo in vece di quest'ultima, il commissario si inserirebbe, in via provvisoria, nell'organizzazione amministrativa, instaurando una sorta di rapporto di servizio, pur sempre limitato allo svolgimento delle attività delegategli. Ciò è confermato dal fatto che il commissario si sostituisce all'ente inadempiente nel compiere valutazioni e attività di competenza di quest'ultimo, soggetto d'imputazione degli atti stessi.

La tesi sembra, però, difficilmente sostenibile. Il commissario *ad acta*, infatti, non è sottoposto ad alcun tipo di controllo o di direzione da parte dell'ente sostituito, che non può intervenire neppure in via di autotutela avverso i provvedimenti commissariali. Eventuali conseguenze negative causate da un'azione scorretta del commissario, pertanto, non possono essere attribuite alla responsabilità dell'amministrazione, la quale potrà

¹¹⁶ TRAVI A., "Lezioni di giustizia amministrativa", 2012, p. 376, "*Il commissario si sostituisce agli organi amministrativi inadempienti. D'altra parte, una volta nominato, il giudice dell'ottemperanza non è esautorato: esercita poteri di vigilanza anche d'ufficio sull'operato del commissario e al giudice vanno rivolte eventuali contestazioni circa tale operato (art. 113, 6° comma, cod. proc. amm.). Molto opportunamente alcuni giudici amministrativi, quando il commissario comunica di aver completato la sua attività, fissano comunque un'udienza per verificare, con l'intervento del ricorrente, che la sentenza sia stata correttamente eseguita*".

¹¹⁷ Cfr. FAVARA F., "Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali", Milano, 1977, I, p. 492;
VACIRCA V., "L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta", in Foro amministrativo, 1982, p. 285

rivolgersi al giudice amministrativo per la verifica degli atti commissariali. Ulteriore punto contrario alla tesi esaminata è da ricercare nel fatto che la nomina del commissario determina l'esautoramento dell'amministrazione¹¹⁸, che perde la potestà di provvedere all'esecuzione del giudicato. Sotto questo punto di vista, sembrerebbe paradossale affermare questa carenza di potere dovuta ad un organo facente parte della stessa organizzazione amministrativa.

La contraddittorietà di queste affermazioni spinge l'osservatore a non considerare plausibile la natura del commissario *ad acta* come ramificazione dell'amministrazione tenuta ad adempiere.

La tesi dominante in giurisprudenza e in dottrina è quella che vede l'organo commissariale come una *longa manus* del giudice dell'ottemperanza. Si è osservato come la fonte dei poteri commissariali non è l'amministrazione sostituita, ma una sorta di delega proveniente dal giudice dell'ottemperanza. In quanto organo giudiziale, il commissario è tenuto ad agire non nell'interesse della pubblica amministrazione, ma in tutela del ricorrente vittorioso in sede di cognizione. Questa "appartenenza" del commissario al giudice è stata affermata da numerosa dottrina e autorevole giurisprudenza. Punto di riferimento è la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 75 del 1977, in cui si specificò che sebbene gli effetti giuridici degli atti amministrativi posti in essere dal commissario in linea di principio in nulla differiscano da quelli propri dell'amministrazione, ciò che qualifica particolarmente la figura è la legittimazione che gli proviene direttamente dalla funzione giurisdizionale.

Pur essendo considerata un caposaldo della teoria organica del

¹¹⁸ In senso contrario, parte della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 1996, n. 1202) ha affermato che "*la nomina del commissario ad acta ovvero l'adozione da parte di quest'ultimo di alcuni atti non priva l'amministrazione del potere di provvedere, la cui attività, peraltro, non deve avere lo scopo di ritardare l'esecuzione del giudicato*", giustificando ciò con i principi costituzionali dell'economicità e del buon andamento (art. 97 Cost.) "*in base ai quali è logico che l'Amministrazione possa ben intervenire in sede di esecuzione del giudicato esercitando il potere istituzionale che le compete e utilizzando l'attività fino ad allora compiuta dal commissario ad acta*".

commissario, non sono mancate le critiche degli studiosi. Il Giacchetti¹¹⁹, ad esempio, sottolinea il mancato riferimento all'attività del commissario, visto che la sentenza sottolinea l'importanza della nomina da parte del giudice, configurandola come inevitabilmente di natura giurisdizionale.

Ma anche il vertice della giustizia amministrativa ha preso posizione sulla questione in linea con la Suprema Corte. Con sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 1978, il Consiglio di Stato ha ritenuto che ci troviamo di fronte ad un organo né di amministrazione attiva, né di controllo, bensì ad un organo *“del giudice dell'ottemperanza, pur se la designazione passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato di procedere alla pronuncia”*.

A cavallo tra queste due tesi opposte, si inserisce un orientamento di carattere intermedio che definisce il commissario *ad acta* come un organo dimidiato. Essendo designato dal giudice amministrativo, non svolgendo attività giurisdizionale, non essendo sottoposto ad alcuno specifico potere di direzione o controllo da parte dell'amministrazione né da parte del giudice, risulta quasi spontaneo affermare che il commissario sia un organo di nessuno, se non, citando autorevole dottrina¹²⁰, della stessa sentenza.

¹¹⁹ V. GIACCHETTI S., “Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A”., pubblicata in Giur. Amm. Sic. 1988, II, p. 36 ss., *“Non sembra neppure che il commissario possa essere considerato "organo del giudice", secondo un orientamento che risale ad un passo della sentenza n. 75/1977 della Corte Costituzionale, nel quale si dice però tutt'altra cosa: e cioè che la nomina (non l'attività) del commissario costituisce esercizio di attività giurisdizionale: il che non è mai stato posto in dubbio. Non sembra che possa essere considerato organo del giudice non solo per la considerazione, che resta sempre valida, della "impossibilità, sul piano sistematico, di configurare praeter legem una sorta di trasferimento di poteri giurisdizionali dal giudice al commissario", con delicati riflessi anche di ordine costituzionale; ma anche per l'assorbente considerazione che il commissario - in realtà - non imputa al giudice un bel niente, in quanto assume in proprio, e sotto la sua personale ed esclusiva responsabilità, tutte le determinazioni del caso”*.

¹²⁰ GIACCHETTI S., “Relazione al Convegno per l'anniversario dell'istituzione del C.G.A”., pubblicata in Giur. Amm. Sic. 1988, II, p. 36 ss., *“Ora se si esamina questo quadro con occhi sgombri da pregiudizi si ha che l'antitesi tradizionale organo dell'Amministrazione - organo del giudice induce un condizionamento ideologico falso e falsante; perché, in realtà, il commissario ad acta non è organo di nessuno, e non c'è nessuna esigenza logica o sistematica per la quale debba essere necessariamente organo di qualcuno. Tutt'al più potrebbe dirsi, sia pure con una metafora imprecisa e descrittiva,*

Prendendo spunto da queste ultime considerazioni, ha recentemente preso piede un indirizzo interpretativo¹²¹ che pone in luce la differenza che intercorre a seconda che l'attività rimessa al commissario *ad acta* sia di mera esecuzione del *decisum* così come eventualmente precisato dal giudice dell'ottemperanza, oppure consista nell'intervenire su un terreno incontaminato in quanto l'unico accertamento ricavabile dal giudicato consiste nella mera affermazione dell'obbligo di provvedere. Questo orientamento c.d. misto si fonda sulla ricorrente motivazione dell'esigenza di scomporre l'attività svolta dal commissario in due parti, quella vincolata e quella discrezionale, con il pregio di porre particolare attenzione ai contenuti del giudicato e all'attività richiesta per la sua esecuzione. La critica che si può portare avanti riguardo a questa tesi riguarda

che il commissario è organo della sentenza ,dalla quale trae la sua investitura ed i limiti del suo ufficio; ma non già che sia organo del giudice, che ormai con la sottoscrizione della sentenza functus est munere suo. Si giunge così alla conclusione già formulata dalla giurisprudenza, secondo cui "il commissario ad actus si presenta come centro di competenze esterno all'Amministrazione che esprime una volontà che soggettivamente non promana dall'Amministrazione, anche se è ad essa imputabile (sia pure con i limiti sopra indicati)"; ed in questo senso è un "organo dimidiato"

¹²¹ V. Corte Cassaz, sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709, "In dottrina, per quanto riguarda la qualificazione del commissario *ad acta*, si sono affacciate, oltre alla tesi prevalente che lo configura come organo ausiliario del giudice ed a quella che sottolinea il carattere amministrativo dell'attività, svolta, anche la tesi dell'organo misto, in parte ausiliario del giudice ed in parte organo dell'amministrazione. In quest'ultima prospettiva la questione della natura giuridica del commissario si inserisce pertanto nella più, ampia questione della definizione dell'oggetto dell'attività esercitata: se essa è vincolata al *decisum* del giudicato, recepito nel *dictum* del giudice di ottemperanza, il commissario è organo del giudice, non tanto come ausiliario nel senso processualcivilistico, quanto come organo di giurisdizione esecutiva, cui è devoluto di attuare l'ordine giudiziale, in sostituzione dell'amministrazione inottemperante; se invece l'attività del commissario, pur originata dalla necessità di attuare il *decisum* del giudicato e suscitata dalle prescrizioni del giudice di ottemperanza, non si limita al riesercizio o alla riedizione del potere assorbito dalla vicenda ottemperativa del giudicato, ma si inserisce nel ciclo normale del potere, riattivato dopo la sospensione determinata proprio dal giudicato, con i poteri sostitutori conferiti dal giudice di merito, egli è organo, pur straordinario, dell'amministrazione, almeno sul piano funzionale, cui è devoluto non solo di attuare la prescrizione del giudicato (così come recepita nella decisione che ne ha previsto l'istituzione), cioè non solo di esercitare una funzione di giurisdizione esecutiva, ma anche di esercitare una funzione di amministrazione sostitutiva in virtù, dei poteri conferiti dal giudice dell'ottemperanza, che è essenzialmente giudice del merito dell'attività amministrativa".

l'indeterminatezza dei concetti di contenuto discrezionale e vincolato, facilmente individuabili a livello teorico, decisamente meno a livello pratico.

Parte della dottrina ritiene che il commissario *ad acta*, pur se debba riempire gli "spazi vuoti" che residuano dopo il giudicato, non esercita mai poteri discrezionali *strictu sensu*. Come è noto, la discrezionalità amministrativa sta ad indicare la situazione in cui ad un soggetto della P.A. è attribuita la potestà di realizzare l'interesse pubblico che per essa costituisce canone di comportamento (interesse primario) previa ponderazione di tutti gli altri interessi pubblici e privati (interessi secondari) compresenti nella fattispecie, ed in conformità della ponderazione stessa¹²². Il commissario, invece, si ritiene non abbia una tale ampiezza di poteri. "Egli deve in ogni caso realizzare l'interesse pubblico primario (esecuzione del giudicato) affidatogli dal giudice, e non può mai tener conto di eventuali interessi secondari di segno opposto. Di conseguenza, gli *spazi vuoti* che incontra nel suo cammino deve colmarli con una scelta che non costituisce il frutto della valutazione di tutti gli interessi sostanziali (primari e secondari) sottoposti al suo esame, bensì il frutto della valutazione delle sole modalità strumentali necessarie per realizzare, nel modo migliore possibile, l'interesse primario dell'esecuzione del giudicato"¹²³.

La tesi opposta¹²⁴ ritiene di poter rinvenire nell'attività commissariale uno spazio più o meno ampio di discrezionalità, in quanto sostituisce l'attività giudiziale di soddisfacimento degli interessi del soggetto ricorrente. Quest'ultimo orientamento sembra essere quello più aderente alla realtà giuridica, così come prospettata anche delle riforme normative intervenute

¹²² CERULLI IRELLI V., "Corso di diritto amministrativo", Torino, 1997, p. 406.

¹²³ GIACCHETTI S., "Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito", Milano, 1986, 1970.

¹²⁴ PELILLO S., "Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo", Milano, 1990, p. 322, "*non può disconoscersi, allora, che " anche il munus commissariale disponga di poteri discrezionali che non sembra possano ritenersi diversi rispetto a quelli che avrebbero potuto essere esplicitati dall'amministrazione"*.

dal 2010 in avanti. Il commissario, infatti, sembra assumere un ruolo sostitutivo generale rispetto al giudice, con la facoltà di adottare, tramite una sorta di delegazione giudiziale, tutti i provvedimenti necessari al corretto adempimento dell'amministrazione soccombente. Negare ciò potrebbe portare ad un assottigliamento della tutela della parte vittoriosa, visto che un commissario dai poteri ridotti non potrebbe garantirle l'adeguata soddisfazione della propria pretesa.

Il codice del processo amministrativo ha preso posizione su alcuni punti concreti, che riescono a fornirci indicazioni significative anche sul piano generale. Il commissario *ad acta* è stato inserito nel Capo VI del Libro I dedicato agli ausiliari del giudice. L'art. 21 c.p.a. così dichiara: *“Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta”*¹²⁵. Per il commissario valgono gli stessi motivi di riconsunzione previsti dall'art. 51 c.p.c. per il giudice ed estesi dall'art. 63 al consulente tecnico, che è tipicamente un ausiliare del giudice.

Viene, quindi, esclusa totalmente la tesi che vedeva l'organo commissariale come facente parte dell'organizzazione amministrativa. Rimane in piedi, e viene cristallizzata, la configurazione del commissario come ausiliare del giudice, evidenziandosi il ruolo di imparzialità che assume tra le parti.

¹²⁵ Autorevole dottrina (CASSETTA E., “Manuale di diritto amministrativo”, Milano, 2011, p. 934) osserva che la formula utilizzata (“se deve sostituirsi ...”) induce a ritenere che il giudice dell'ottemperanza non possa provvedere direttamente, ma debba, in tal caso, nominare sempre un commissario.

L'opinione sembra, però, essere smentita dalla stessa lettera della norma che, utilizzando il verbo potere, pare concedere al giudice la possibilità di scelta tra la sostituzione diretta e quella commissariale.

4. Il commissario *ad acta*: regime degli atti

Definire i contorni della figura del commissario *ad acta* richiede un approfondimento di quello che è il valore degli atti dallo stesso emessi. Solo capendo la qualificazione dei provvedimenti commissariali e il loro regime impugnatorio, sarà possibile inquadrare la peculiarità di questo organo speciale.

La situazione presentava problematiche interpretative, in quanto sorgeva la possibilità di un duplice profilo impugnatorio. L'ambiguità era figlia della diversa configurabilità della natura del commissario, perché se quest'ultimo era da considerare come ausiliario del giudice, allora gli atti andavano impugnati di fronte al giudice dell'ottemperanza, mentre se lo si considerava come organo straordinario dell'amministrazione, allora era necessario agire come nei confronti di qualsiasi altro provvedimento amministrativo, e cioè con l'ordinario ricorso per l'annullamento.

Il comma 6 dell'art. 114 c.p.a. assegna al giudice dell'ottemperanza tutte le questioni relative alla fase esecutiva, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

La posizione del terzo estraneo al giudicato continuava, però, a destare perplessità, perché non era chiaro se per quest'ultimo i provvedimenti del giudice e quelli del commissario *ad acta* dovevano comunque essere impugnati tramite ricorso ordinario, oppure se si doveva rivolgere allo stesso giudice dell'ottemperanza.

L'intervento legislativo del 15 novembre 2011 ha aiutato a chiarire queste problematiche. Il decreto correttivo n. 195/2011 modificando la norma, ha precisato quali atti del commissario sono impugnabili e qual è il procedimento da seguire in questi casi. La prima modifica, introdotta nel primo periodo del comma 6, consiste nella precisazione che il giudice dell'ottemperanza conosce le questioni inerenti agli atti del commissario, ma esclusivamente con riguardo alle parti nei cui confronti si è formato il

giudicato. Il relativo giudizio avverso tali atti è qualificato come reclamo, che formalmente non è un gravame, ma neppure un'impugnazione avanti un organo di ordine estraneo rispetto al soggetto i cui atti vengono reclamati. Il reclamo deve essere notificato e depositato nel termine di sessanta giorni, previa notifica ai controinteressati.

I terzi estranei al giudicato hanno la facoltà di impugnare gli atti del giudice o del commissario ricorrendo al rito ordinario *ex art.29 c.p.a.*, così come è stato precisato anche nella relazione governativa del novembre 2011 al correttivo¹²⁶.

È evidente come la riforma codicistica sia riuscita a superare la diatriba fra le tesi concernenti la natura della commissario *ad acta*¹²⁷, fornendo una soluzione ai rimedi previsti per gli atti commissariali e dando rilievo al profilo dell'imparzialità. Innegabile, comunque, è che il codice abbia avuto una preferenza per la tesi che riconduceva il commissario alla figura degli ausiliari del giudice. È, tuttavia, vero che nello stesso tempo la deroga al regime ordinario dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi è stata contemplata solo per le contestazioni provenienti dalle parti nei cui confronti è stata pronunciata la sentenza da eseguire.

Occorre, infine, chiedersi a chi siano imputabili gli atti del commissario *ad acta*. Dalla ricostruzione finora effettuata emerge con chiarezza che gli atti

¹²⁶ Relazione governativa 23 novembre 2011, par. 24, “*Al reclamo sono assoggettabili le sole parti tra cui si è formato il giudicato, ma non anche i terzi, ai quali invece – in quanto estranei al giudicato e non soggetti al relativo vincolo – è dato di fare ricorso all’ordinaria azione di annullamento; infatti, la res inter alios acta nei loro confronti neque iuvat neque nocet, sicché, per loro, la stessa sentenza non può che degradare a mero fatto giuridico: sempre rilevante, ma giammai vincolante*”.

¹²⁷ Desta particolare perplessità la sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato n. 5394 del 28 settembre 2011, in cui la corte opta per una soluzione opposta rispetto a quella contenuta nel decreto correttivo, affermando la propria competenza esclusiva e funzionale a conoscere dell'impugnazione proposta dai terzi contro gli atti adottati dal commissario *ad acta*. La pronuncia precisa che “*l’atto del commissario ad acta, specie se le censure proposte mettano in dubbio la conformità dell’atto commissariale alle coordinate fissate dal giudicato da eseguire, è impugnabile, in unico grado, innanzi al giudice dell’ottemperanza*”.

del commissario non sono imputabili all'amministrazione sostituita¹²⁸, perché non si ritiene configurabile una relazione interorganica tra i due soggetti. Non è, inoltre, possibile imputarli formalmente allo stesso commissario dal momento che la giurisprudenza esclude che ad esso vada notificato l'appello avverso la sentenza emessa in sede di ottemperanza¹²⁹ e l'atto di impugnazione dei suoi provvedimenti¹³⁰. L'unica soluzione sembrerebbe imputare gli atti del commissario al giudice dell'ottemperanza, ritenendo che sia il giudice il vero *dominus* degli effetti dei provvedimenti commissariali, così come confermato dalla dottrina¹³¹ e dalla giurisprudenza¹³² successiva all'emanazione del codice, per la quale è da confermarsi l'orientamento maggioritario secondo il quale il commissario

¹²⁸ CASETTA E., "Manuale di diritto amministrativo", Milano, 2011, p. 936

¹²⁹ Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, "*Occorre considerare che la sentenza di primo grado ha accolto le censure proposte dal comune contro gli atti del commissario ad acta. L'impugnazione svolta dall'amministrazione si rivolge contro il capo della pronuncia del tribunale concernente la fissazione delle nuove modalità esecutive della sentenza e la conseguente nomina di un diverso commissario ad acta. Pertanto, l'appello, non svolgendosi contro le statuizioni relative ai provvedimenti adottati dal precedente commissario ad acta, non doveva essere notificato a tale soggetto*".

¹³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2007, n. 6753, "*La Sezione ha già avuto modo di affermare che il commissario ad acta è organo paragiurisdizionale, al quale l'appello (e l'atto introduttivo dell'incidente di esecuzione) non deve essere notificato; il commissario, infatti, non è un soggetto autonomo, portatore di una distinta posizione giuridica, essendo invece strumento attuativo della decisione del giudice pronunciata in sede di esecuzione del giudicato, la cui attività è riferibile alla pubblica amministrazione eseguita*".

¹³¹ V. SALAMONE V., "I riti speciali nel nuovo processo amministrativo", in *Giustiziaamministrativa.it*, 2010, "*Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Il commissario ad acta va considerato organo ausiliario del giudice, giacché i suoi poteri non derivano dalla Pubblica amministrazione, ma da una sorta di atto di delega da parte del giudice dell'ottemperanza; di conseguenza, in quanto organo ausiliario del giudice, al pari di un perito o di un interprete, egli è organo giurisdizionale e i suoi atti, i quali non possono che ritenersi atti giurisdizionali, sono impugnabili con reclamo al giudice dell'ottemperanza in base al principio generale secondo il quale l'organo legittimato ad avere cognizione degli incidenti verificatisi in sede esecutiva è lo stesso deputato a dirigere l'esecuzione*".

¹³² V. Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2010, n. 443

ad acta esplica sempre attività sostanzialmente giurisdizionale e tale attività è strumentale all'ordine ricevuto nella decisione di nomina. Questa soluzione non è, però, universalmente accettata, essendosi preferito coniare la figura dell'organo para giurisdizionale, in quanto soggetto non portatore di un'autonoma posizione giuridica, ma solo braccio attuativo delle pronunce giudiziali¹³³.

Le profonde dissonanze interpretative spingono autorevole dottrina¹³⁴ a dover ricorrere all'ipotesi della pluriqualificazione di fattispecie giuridiche. Per un verso il commissario si presenterebbe come un delegato (ausiliare) del giudice dell'ottemperanza e, dunque, come un *alter ego* del giudice; per altro verso, ponendosi dal punto di vista degli effetti dell'attività posta in essere in sostituzione dell'amministrazione inadempiente, il commissario esplicherebbe un'attività sostanzialmente amministrativa, producendo gli stessi atti che sarebbe stata in grado di produrre l'amministrazione inadempiente.

La qualificazione della natura giuridica del commissario *ad acta* come organo peculiare e straordinario, non rientrante in una categoria precisa, sembra rappresentare la soluzione interpretativa migliore.

¹³³ Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, “*Va evidenziato che il commissario ad acta non costituisce un soggetto autonomo, portatore di una distinta posizione giuridica. Il commissario ad acta è, invece, strumento attuativo della decisione del giudice, pronunciata in sede di esecuzione del giudicato*”.

¹³⁴ V. CLARICH M., “*L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*”, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, p. 540

5. I poteri del giudice tra esecuzione e attuazione del giudicato

Da quando il giudizio di ottemperanza ha assunto la doppia veste di strumento esecutivo sia delle sentenze del giudice ordinario, sia di quelle del giudice amministrativo, si è sempre evidenziata la diversità e l'ampiezza dei poteri concessi al giudice dell'ottemperanza. In particolare, il dibattito si è sempre focalizzato sulla natura dell'istituto, oscillante tra quella di strumento di esecuzione e giudizio a carattere cognitivo.

La tesi che considera il giudizio di ottemperanza come diretto alla mera esecuzione della sentenza impugnata è stata oramai abbandonata, sulla scorta della considerazione che l'attività posta in essere dal giudice, non di rado, rende necessaria un'attività interpretativa. È importante sottolineare che la distinzione tra ottemperanza ed esecuzione non è di poco peso, *“giacché induce a separare due categorie di effetti ugualmente derivanti dalla sentenza”*¹³⁵: il genere di tutela, infatti, che l'interessato aspira a ricevere è dato non soltanto dalla riproposizione dell'atto corretto secondo le indicazioni della sentenza, ma anche dal *“recuperare le posizioni che l'atto annullato perché illegittimo aveva modificato o soppresso, o dall'ottenere quelle che esso aveva impedito di ricevere”*.

Secondo parte della dottrina si tratterebbe di un chiaro esempio di giudizio di cognizione, non a caso inserito tra le ipotesi di giurisdizioni di merito, che culmina con una sentenza diretta a determinare il contenuto della sentenza. E' stato evidenziato che il giudizio di ottemperanza assuma un conformazione differente a seconda che si tratti di dare attuazione alle sentenze del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo. Nel primo caso le statuizioni di condanna sono senza dubbio puntuali, cosicché il giudizio di ottemperanza si profila come prettamente di natura esecutiva, e solo in minima parte cognitoria, essendo gli spazi aperti, quali le domande

¹³⁵ ARLINI D., *“Si estende l'orientamento dei tribunali amministrativi circa l'esecuzione di sentenze non passate in giudicato”*, Milano, 1988, p. 642

accessorie o le sopravvenienze, ridotti al minimo. In concreto, dunque, le misure esecutive sono quasi totalmente desumibili dalla sentenza e i poteri del giudice si sostanziano nell'obbligare l'amministrazione a rispettarle. Nel caso di attuazione delle sentenze del giudice amministrativo, invece, l'azione di ottemperanza può avere natura prevalentemente cognitoria. Tutto dipende dallo spazio di discrezionalità che la sentenza da ottemperare lascia all'amministrazione: più è ampio, maggiore sarà il potere di cognizione del giudice.

Questa impostazione è stata seguita sia dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹³⁶ che dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³⁷, le quali hanno affermato che quando il giudice dell'ottemperanza ha di fronte sentenze del giudice amministrativo, egli ha il potere di integrare il giudicato, potendosi muovere all'interno dell'ampio spettro di poteri concessogli dalla giurisdizione estesa al merito, che può utilizzare ai fini di adeguare la situazione al comando disatteso. Si arriva a dichiarare, dunque, che, nel giudizio di ottemperanza, il giudice può adottare statuizioni analoghe a quelle che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi, ma non può esercitare questi poteri quando la sentenza da eseguire è stata adottata da un organo giurisdizionale diverso da quello amministrativo, il quale ha svolto

¹³⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 17 gennaio 1997, n. 1, *“Va precisato che il giudice amministrativo può adottare, in sede di interpretazione integrativa del precetto racchiuso nella sentenza da eseguire, una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che sarebbero comunque devoluti alla propria giurisdizione. Analoghi poteri di integrazione non possono, invece, esercitarsi allorché la sentenza di cui si chiedi l'ottemperanza sia stata adottata da un giudice appartenente a un diverso ordine giurisdizionale e la questione sui diritti accessori rientri nella sua giurisdizione”*.

¹³⁷ Corte Cassaz., SS. UU., 30 giugno 1999, n. 376, *“Si versa in tema di giudizio di ottemperanza, riguardo al quale se è ragionevole (oltre che conforme ai principi) il diniego di integrare il giudicato formatosi sulla pronuncia resa da giudice di altro ordine, è altrettanto ragionevole riconoscere tale potere nell'ambito dei rapporti tra giudici amministrativi. Tanto più che il giudizio di ottemperanza è una classica ipotesi di giurisdizione di merito, con la conseguente attribuzione al giudice dell'ottemperanza dei poteri, amplissimi, di siffatta giurisdizione, con facoltà di sostituirsi all'amministrazione per realizzare l'adeguamento della situazione al comando definitivo inevaso, ancorché debbano emanarsi provvedimenti discrezionali”*.

autonomamente la propria attività cognitoria.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa, la peculiarità dell'istituto dell'ottemperanza è dovuta al fatto che la sentenza di annullamento del giudice amministrativo oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio (consistente nella eliminazione dell'atto impugnato) produce, come riconoscono la dottrina e la giurisprudenza dominanti, ulteriori effetti: quello c.d. ripristinatorio e quello c.d. conformativo. Quest'ultimo vincola l'attività successiva dell'amministrazione di riesercizio del potere perché il giudice, una volta accertata l'invalidità dell'atto le ragioni del vizio, stabilisce quale deve essere il modo corretto di esercitare quel potere, fissando le regole alle quali deve attenersi l'attività futura dell'amministrazione.

L'effetto ripristinatorio, invece, consiste nella cancellazione delle modificazioni della realtà giuridica o di fatto avvenute per effetto dell'atto annullato, ripristinando così l'assetto degli interessi esistente prima dell'emanazione dell'atto impugnato. Così, ad esempio, nel caso di un atto di espropriazione annullato, vi è la consequenziale restituzione del bene all'espropriato; nel caso di un provvedimento di licenziamento, vi è la riammissione in servizio del dipendente.

Trova così giustificazione l'obbligo delle parti di eseguire le pronunce del giudice amministrativo, garantendo l'utilità dello strumento. Apparirebbe, infatti, inutile la possibilità di annullare un provvedimento se alla pronuncia caducatoria non seguisse l'obbligo dell'Amministrazione di ripristinare la situazione di fatto o di diritto esistente prima del provvedimento impugnato. L'interesse del soggetto vittorioso non è tanto alla caducazione dell'atto, quanto all'ottenimento del bene della vita ingiustamente leso dal potere amministrativo. Avendo l'annullamento dell'atto amministrativo efficacia *ex tunc*, tali effetti non potrebbero mantenersi se non esistesse in capo all'amministrazione il dovere di ripristinare la situazione precedente. Essendo questi effetti connaturati alla sentenza di annullamento, la

giurisprudenza ha sempre respinto la tesi delle amministrazioni che pretendono un nuovo giudizio di cognizione. Gli effetti non solo demolitori, ma anche ripristinatori e conformativi del giudicato di annullamento, infatti, possono essere considerati prima che effetti della sentenza, come elementi del suo contenuto. È, quindi, la stessa sentenza a prevedere l'obbligo di compiere le necessarie ripristinazioni e uniformare l'attività di riesercizio del potere alle regole di azione poste e confermate dalla pronuncia. Ciò si riflette sulla natura del giudizio di ottemperanza, che presenta, dunque, una evidente natura mista di esecuzione e di cognizione.

È competenza del giudice dell'ottemperanza dare un contenuto non solo concreto, ma anche completo all'interesse della parte vittoriosa. Elementi di cognizione del giudizio di ottemperanza si osservano anche a fronte di sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto al giudicato e alle domande accessorie, quali interessi, rivalutazione e risarcimento del danno.

Il giudizio di ottemperanza si atteggia diversamente rispetto al sistema dell'esecuzione forzata del processo civile. In quest'ultimo, infatti, la fase di cognizione è normalmente assente, essendo comunque presente il titolo esecutivo, che pone chi ne è in possesso in una posizione di preminenza non sottoposta ad ulteriori controlli. Come sottolineato di recente anche dalla giurisprudenza¹³⁸, il giudizio d'ottemperanza presenta una natura mista

¹³⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131, *“Il giudizio di ottemperanza non è affatto un tipico giudizio chiuso, che non consente di introdurre questioni ed eccezioni nuove, tale da poter essere attivato solo a fronte di un giudicato che contenga disposizioni che definiscano in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi di comportamento dell'Amministrazione. Al contrario, come ormai da tempo si riconosce, il giudizio di ottemperanza ha natura mista di esecuzione e di cognizione: ciò, anche perché spesso la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita, elastica, talvolta incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza completare ed esplicitare. Non a caso, si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa. Rientra, quindi, a pieno titolo tra i compiti del Giudice dell'ottemperanza dare un contenuto non solo concreto, ma anche quanto più possibile completo (e soddisfacente per la parte vittoriosa), all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi al riguardo”*.

d'esecuzione e di cognizione, da un lato perché spesso le statuizioni previste dal giudicato contengono una disciplina implicita o imprecisa che il giudice dell'ottemperanza deve precisare, dall'altro perché, accanto all'attività di mera esecuzione, si affianca l'accertamento della mancata soddisfazione dell'interesse della parte ricorrente. Da questo punto di vista è stato predicato più volte il ruolo prosecuzione del giudizio di cognizione, nella misura in cui l'uno è utilizzabile per far conseguire l'attuazione di quanto previsto nell'altro. In poche parole, l'ottemperanza ha la funzione di arricchire, pur restandone condizionata, il contenuto vincolante della sentenza di cognizione, al fine di estrarne il significato delle disposizioni, che risultino soddisfattivi a favore della parte vittoriosa.

Di conseguenza, in taluni casi il giudizio di ottemperanza assume natura di solo giudizio esecutivo, mentre in altri casi serve a fornire le indicazioni sulle modalità migliori per dare esecuzione al giudicato. L'uso dell'espressione "conseguire l'attuazione" (art. 112, comma 2, c.p.a.) da parte del legislatore sembra confermare questa posizione, volendo evidenziare lo stacco dall'idea di mera esecuzione e aprendosi ad un concetto più ampio. Si può dedurre che tale espressione significa che è nel potere del giudice dare attuazione alle statuizioni della sentenza non solo affinché il bene della vita sia conseguito dalla parte vittoriosa, ma soprattutto fintantoché ciò non avvenga, con la capacità di risolvere eventuali incidenti di percorso, anche tramite l'emanazione di chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. Giurisprudenza e Codice sembrano, quindi, protendere verso l'approvazione della c.d. natura "mista" da riconoscere al giudizio di ottemperanza.

La stessa Corte Costituzionale¹³⁹ ha osservato come il giudizio di

¹³⁹ Corte Cost., 7 aprile 1998, n. 436, *"Il giudizio di ottemperanza, secondo l'attuale elaborazione giurisprudenziale, ricomprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio*

ottemperanza sia una figura multiforme, passando dal semplice giudizio esecutivo ad un'attività di stampo cognitivo.

Ancora recentemente, la Consulta¹⁴⁰, occupandosi della legittimità costituzionale dell'art. 91 r.d. n. 642/1907 (nella parte in cui prevede che il ricorso per ottemperanza non venga notificata ma solo comunicato al Ministero competente ad opera della segreteria del giudice adito), ha riconosciuto la natura pienamente contenziosa del giudizio di ottemperanza: *“occorre sgomberare il campo dalla concezione, in passato condivisa da dottrina e giurisprudenza, che riteneva il giudizio di ottemperanza come caratterizzato da sommarietà e da un tenore non pienamente contenzioso, sicché tale procedimento veniva definito "a contraddittorio attenuato". E' invece oggi pacifica la sua natura di procedimento contenzioso. Il che rende imprescindibile il pieno rispetto del contraddittorio”*.

Secondo il Consiglio di Stato¹⁴¹ non vi è dubbio che il giudizio di

esecutivo - come tale assoggettabile alle limitazioni proprie delle "azioni esecutive" nei confronti degli enti locali dissestati - e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimento dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile”.

¹⁴⁰ V. Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 441

¹⁴¹ V. Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796, *“In ogni caso non vi è dubbio che il giudizio di ottemperanza possa essere attivato anche laddove il giudicato amministrativo non definisca in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi di comportamento dell'Amministrazione. Il giudizio di ottemperanza ha natura mista, di esecuzione e di cognizione: ciò perché spesso la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita o incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza esplicitare o completare. Non a caso si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa. Rientra, quindi, a pieno titolo tra i compiti del Giudice dell'ottemperanza dare un contenuto concreto all'obbligo conformativo che discende dalla sentenza, risolvendo i problemi possibili al riguardo”*.

ottemperanza possa essere attivato anche laddove il giudicato amministrativo non definisca in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi di comportamento dell'amministrazione. Avendo il giudizio natura mista e contenendo spesso il giudicato amministrativo una regolamentazione implicita o incompleta, rientra tra i compiti del giudice dell'ottemperanza dare un contenuto concreto agli obblighi che discendono dalla sentenza. Ciò non significa che è dato al giudice il potere di ampliare o modificare quanto deciso nella sentenza da eseguire, ma semplicemente che gli è concesso individuare la corretta portata della decisione.

Principio oramai consolidato a livello giurisprudenziale e sottolineato dal Codice del processo amministrativo che, all'art. 114, comma 4, precisa: *"...il giudice, in caso di accoglimento del ricorso: a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione"*.

Il giudice dell'ottemperanza, dunque, può esercitare cumulativamente, ove necessario, sia poteri sostitutivi che ordinatori e cassatori, avendo la facoltà di integrare l'originario disposto della sentenza, dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva. Interessante esempio di questo particolare istituto ci è stato dato dalla V Sezione del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 3871 del 16 giugno 2009, si è pronunciato sul caso di un veterinario dirigente avverso il Ministero della Salute, di cui era dipendente. La pronuncia in questione ha respinto la riforma in appello della sentenza di primo grado che aveva dichiarata cessata la materia del contendere. Secondo il giudice *de quo* (TAR Bolzano), il Ministero avrebbe, infatti, già adempiuto alla sentenza n. 295 del 1992, provvedendo a liquidare la rivendicata indennità del ricorrente, determinando di conseguenza la cessazione della materia del contendere. Il soggetto ricorrente in appello ha considerato la statuizione del giudice di primo grado non conforme al

giudicato, visto che il dispositivo della sentenza non dava alcuna indicazione circa il periodo massimo di corresponsione della indennità. Nel valutare la fondatezza della pretesa ad una liquidazione per tutto il periodo di servizio prestato dal dirigente del Ministero, il Consiglio di Stato ha considerato pacifica la competenza del giudice dell'ottemperanza ad integrare l'originario disposto della sentenza, purché si tratti di provvedimenti emessi da organo decidente dello stesso ordine giurisdizionale, da eseguire con statuizioni che *“ne costituiscano non semplice esecuzione, ma attuazione in senso stretto, dando luogo al c.d. fenomeno del giudicato a formazione progressiva e risolvendo eventuali problemi di interpretazione e di integrazione che sarebbero comunque devoluti alla propria giurisdizione”*.

È, quindi, possibile che in sede di ottemperanza spetti al giudice amministrativo indicare, interpretando il giudicato, il concreto regime degli atti di esecuzione, determinando le modalità di emanazione e i relativi adempimenti che spettano all'amministrazione.

Corollario di tutto ciò è il limite che si è alzato per l'ottemperanza delle decisioni di mero accertamento. Si ritiene, infatti, che la sentenza emessa dal giudice amministrativo nei confronti della pubblica amministrazione, con contenuto meramente accertativo, non consente la proposizione del ricorso per l'ottemperanza, sia perché manca una pronuncia di condanna, sia perché ciò riguarda l'eventuale obbligo dell'amministrazione, che nasce dalla pronuncia dichiarativa, di attivare determinate procedure, essendo a tal fine necessaria la proposizione di apposita istanza nei confronti della stessa, e, solo constatata l'inerzia, è possibile proporre l'ordinario giudizio cognitorio.

In definitiva, sembra ormai possibile affermare con certezza che il giudizio di ottemperanza non è affatto un giudizio chiuso, attivabile solo di fronte ad un giudicato che contenga disposizioni che definiscono in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi che l'amministrazione deve seguire.

Al contrario, l'istituto dell'ottemperanza si fa notare per la sua natura mista, non rientrando nella categoria dei procedimenti di esecuzione né in quella dei procedimenti di cognizione, e palesandosi, dunque, come facente parte di una categoria a parte.

6. I poteri del giudice dell'ottemperanza: estensione e limiti

La concretizzazione dei poteri in mano al giudice dell'ottemperanza non è prevista a livello normativo, ma è dovuta all'opera ricostruttiva della giurisprudenza amministrativa. Definizione basilare del compito del giudice in sede di ottemperanza è quella di verificare il corretto adempimento della pubblica amministrazione degli obblighi scaturiti dalla sentenza, e, di conseguenza, spetta al giudice attribuire all'interessato l'effettività della tutela riconosciuta dal giudizio di cognizione. Tale attività richiede evidentemente un lavoro interpretativo, diretto a delineare il contenuto del comando da ottemperare.

Questo carattere peculiare rende ammissibile l'ingerenza dell'organo giudicante nel merito dell'agire della pubblica amministrazione, in virtù della richiamata giurisdizione estesa al merito.

Un eccesso del potere del giudice dell'ottemperanza, per invasione della sfera riservata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa, non può dunque essere ravvisata nell'adozione da parte del giudice di quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto prendere autonomamente.

Va, comunque, tenuto presente che i poteri cognitivi del giudice dell'ottemperanza non possono travalicare quello che è l'oggetto della sentenza di cui la parte chiede l'attuazione. Il giudice può approfondire e chiarire le statuizioni della pronuncia, integrandole se necessario, ma non può attribuire alle parti diritti nuovi e ulteriori rispetto a quelli cristallizzati dal giudicato¹⁴².

¹⁴² V. Corte Cassaz., Sez. Trib., 24 giugno 2005, n. 13681, "Il giudizio di ottemperanza risponde alla medesima esigenza del corrispondente istituto del processo amministrativo di salvaguardia della sfera di autonomia del potere esecutivo dal potere giudiziario, secondo il tradizionale principio della separazione dei poteri, pur se nella più moderna visione di affermazione di un rapporto di alterità tra il momento delle scelte e il momento della risoluzione delle controversie alla stregua delle scelte già effettuate. Va considerato come un procedimento sui generis, che si proietta nella fase di realizzazione concreta della sentenza da eseguire, col compito di realizzare sul piano dell'effettività un giudicato

Per quanto riguarda i limiti della sua giurisdizione, se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità è sindacabile ad opera della Cassazione, appare del tutto ragionevole dedurre che un analogo sindacato sia esercitabile anche nel caso in cui, essendo invece un potere di giurisdizione di merito espressamente conferito dalla legge al medesimo giudice amministrativo, venga addebitato al Consiglio di Stato di aver ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete: di avere, in sostanza, esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità, e quindi all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi, o che comunque non avrebbero potuto dare ingresso alla giurisdizione di merito. Anche in questi casi si propone la stessa tematica della non consentita invasione, ad opera del giudice, della sfera di attribuzioni riservata alla pubblica amministrazione. Il potere integrativo del giudice in sede di ottemperanza non può sottrarsi ai limiti esterni della giurisdizione propria del giudice amministrativo, quando la cognizione sulla questione controversa, la cui soluzione risulti necessaria per il controllo del puntuale adempimento dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice in modo che soltanto questi possa provvedere al riguardo.

Come affermato più volte dalla giurisprudenza¹⁴³, deve essere oramai considerata norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che

che ha già regolato i rapporti controversi tra le parti. Suo oggetto, pertanto, è non solo l'individuazione dei presupposti formali per la sua instaurazione, ma anche l'indagine di tutti gli effetti legalmente inclusi nel giudicato che risultano indispensabili per il ripristino dell'integrità della posizione del ricorrente. In sede di giudizio di ottemperanza il potere del giudice sul comando definitivo inevaso va, comunque, esercitato entro i confini invalicabili posti dall'oggetto della controversia definita col giudicato, di tal che può essere enucleato e precisato il contenuto degli obblighi nascenti dalla decisione passata in giudicato, chiarendosene il reale significato, ma non può essere attribuito un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello riconosciuto con la sentenza da eseguire".

¹⁴³ V. Corte Cassaz., SS. UU., 23 dicembre 2008, n. 30254

dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso cui esso si estrinseca. Rientra quindi nella logica del sindacato per violazione di legge per motivi inerenti alla giurisdizione, spettante alla Suprema Corte, l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela e nel verificare se il giudice amministrativo l'abbia applicata in maniera corretta. Ovviamente questo non significa che è concesso alla Corte di Cassazione di estendere il proprio controllo ad ogni eventuale *error in iudicando* o *in procedendo* imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme sul procedimento di ottemperanza.

Per capire quali sono i limiti in cui si esplica in sindacato della Corte, si deve fare riferimento alla stessa possibilità di far ricorso all'istituto dell'ottemperanza. Se l'ottemperanza è stata azionata invocando eventuali comportamenti elusivi o violativi del giudicato, afferiscono ai limiti interni della giurisdizione, non sindacabili dalla Cassazione, gli eventuali errori commessi dal giudice nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi scaturiti dal giudicato.

Se, invece, è posta in discussione la possibilità stessa, nel caso specifico, di far ricorso al giudizio di ottemperanza, si rientra nei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente sindacabilità da parte della Corte di Cassazione. Ciò accade nei casi in cui l'autorità giurisdizionale amministrativa accoglie l'azione di ottemperanza in fattispecie nelle quali la questione deve essere trattata dal giudice amministrativo nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità, o eventualmente di quella esclusiva, così come in ogni eventualità in cui il giudizio di ottemperanza, estricandosi nell'emanazione di un ordine di fare o non fare, si sia esplicato al di fuori dei casi nei quali un siffatto ordine poteva essere impartito.

Questa presa di posizione è stata delineata dalla Suprema Corte nella

sentenza n. 23302 del 2011¹⁴⁴, in cui la Corte è intervenuta su una delicata vicenda contenziosa relativa al conferimento, da parte del Csm, dell'incarico di procuratore generale aggiunto presso la Corte di Cassazione. Si tratta di una pronuncia che non annovera precedenti giurisprudenziali in termini e che muove da una nozione molto estesa dei "motivi inerenti alla giurisdizione", di cui all'art. 111, comma 8, della Costituzione.

Difatti, tradizionalmente, i motivi inerenti alla giurisdizione sono stati identificati nei casi in cui la pronuncia del Consiglio di Stato violi, in positivo o in negativo, l'ambito della giurisdizione in generale o i limiti esterni della propria giurisdizione, cioè quando abbia giudicato su una materia attribuita al giudice ordinario o ad altro giudice speciale, oppure quando il giudice amministrativo abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenga ad altro giudice, oppure quando abbia compiuto un sindacato di merito in una materia sulla quale poteva pronunciare solo sulla legittimità. Come già sottolineato, la Suprema Corte ha intrapreso una nuova strada interpretativa¹⁴⁵¹⁴⁶, avvertendo la necessità di concepire come norma sulla

¹⁴⁴ Al giudizio di legittimità, svoltosi prima innanzi al TAR del Lazio, con esito favorevole ai tre magistrati, e poi innanzi al Consiglio di Stato, che, invece, accogliendo l'appello di questi, annullava la delibera del Csm, era seguita una complessa fase di esecuzione, articolatasi in tre giudizi. L'ultimo di questi si concludeva con la sentenza 8252/2010, allorché tutti i candidati erano ormai stati collocati a riposo. La decisione veniva così impugnata dal Csm innanzi alle sezioni Unite della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione, per superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa. Le sezioni Unite provvedevano a cassare la sentenza del Consiglio di Stato, sul presupposto che il giudice amministrativo, ordinando al Csm di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento "ora per allora", avrebbe ecceduto i limiti entro i quali gli è consentito di esercitare la speciale giurisdizione di ottemperanza.

¹⁴⁵ V. Corte Cassaz., SS. UU., 19 luglio 2006, n. 16469, "*Questa Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con giurisprudenza assolutamente costante, ha affermato che il sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è circoscritto ai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui attengono invece gli errori "in iudicando" o "in procedendo" (cfr. ex plurimis: Cass., Sez. Un., 12 novembre 2003 n. 17099; Cass., Sez. Un., 15 luglio 2003 n. 11091; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2003 n. 10734). Principi questi validi anche in materia di decisioni rese in sede di*

giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che conferisce contenuto al potere stesso.

Il ragionamento della Corte parte dalla considerazione che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo esercita una giurisdizione di merito molto particolare. I giudici osservano che se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità è sindacabile in Cassazione, appare del tutto ragionevole dedurre un analogo sindacato anche nel caso in cui, essendo presente un potere di giurisdizione di merito conferito dalla legge al medesimo giudice amministrativo, venga addebitato al Consiglio di Stato di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete, avendo esercitato una giurisdizione estesa al merito in situazioni che sarebbero dovute rientrare sotto l'egida della giurisdizione di legittimità, o che comunque non avrebbero potuto dare ingresso a quella di merito. Nel caso in esame, quest'ultima è stata la posizione sostenuta dal Csm.

La particolarità della situazione oggetto di analisi è stato il fatto che non si trattava di stabilire se la giurisdizione spettasse ad un diverso organo giudicante o se andassero esercitati ordinari poteri cognitivi invece che esecutivi, ma il fatto che la Cassazione abbia deciso che le compete stabilire

giudizio di ottemperanza, essendosi affermato, infatti, che i soli motivi inerenti alla giurisdizione per i quali l'art. 111 Cost. e art. 362 c.p.c. consentono il ricorso per Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato comprendono, anche in sede di giudizio di ottemperanza, i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo”.

¹⁴⁶ V. Corte Cassaz., SS. UU., 7 dicembre 2004, n. 22885, “*In presenza di una pronuncia del giudice amministrativo, con la quale si attribuisce al giudicato ineseguito un determinato contenuto precettivo, la deduzione con la quale tale decisione viene censurata sotto il profilo della carenza di giurisdizione, per avere la stessa attribuito al giudicato stesso una portata diversa da quella effettiva, non investe i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo (Cass. Sez. Un. 20 dicembre 1993 n.12613, 5 giugno 1998). Le varie censure, attengono tutte ai limiti interni di tali attribuzioni giurisdizionali, i quali comprendono il modo di esercizio della giurisdizione, compresi eventuali errori in procedendo o in iudicando”.*

se si poteva o meno far entrare la giurisdizione di merito. Non è mai stato posto in dubbio, infatti, che la giurisdizione spettasse al giudice amministrativo, né si è mai profilata la necessità di una giurisdizione di legittimità.

La Corte, dunque, identifica il varco che avrebbe permesso l'illegittimo ingresso della vicenda nell'ambito del giudizio di ottemperanza e, quindi, l'eccesso di potere giurisdizionale nel passaggio della motivazione nella quale il Consiglio di Stato asserisce che il collocamento a riposo del ricorrente per ottemperanza non avrebbe fatto venire meno il suo interesse alla rideterminazione della propria posizione originaria ai fini giuridici ("ora per allora"), perché laddove egli risulti vittorioso all'esito del rinnovo della procedura, ciò non sarebbe scevro di conseguenze.

La Cassazione in questo passaggio effettua una traversata piuttosto delicata. Il dubbio che si appalesa di fronte al lettore, infatti, è che parlandosi di interesse del ricorrente si rischi di interferire sulle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale del giudice speciale, piuttosto che controllare il limite della stessa. Le Sezioni Unite tengono a precisare che *"la questione è un'altra: non riguarda l'interesse ad agire, bensì l'oggetto e lo scopo del giudizio di ottemperanza, e perciò i limiti entro i quali è esercitabile la relativa potestà giurisdizionale del giudice amministrativo"*. Si riesce, così, a spostare la messa a fuoco dall'interesse ad agire all'oggetto del giudizio di ottemperanza che, secondo questo nuovo filone giurisprudenziale, si posizionerebbe sul fronte esterno, in modo da consentire il ricorso al sindacato *ex art. 111* della Costituzione.

In realtà, all'occhio di chi guarda, sembra difficile sostenere la scindibilità dei concetti di scopo e oggetto del giudizio di ottemperanza. Non sembrano esistere due differenti problemi, uno legato all'interesse ad agire e uno riferito all'oggetto e allo scopo dell'istituto. Francamente, sembra palese che, nonostante le precisazioni, l'argomento su cui si sofferma la Cassazione è nient'altro che l'interesse ad agire per l'ottemperanza del

ricorrente.

È, d'altronde, pacifico che la nozione di interesse ad agire sia mutevole a seconda del giudizio che si vuole intraprendere, in relazione anche all'utile che si vuole conseguire, sicché appare complicato affermare che l'interesse è scisso dallo scopo e dall'oggetto del giudizio. Nel giudizio di ottemperanza questo interesse deve misurarsi necessariamente con il potere a cui la soddisfazione dell'utile è demandata.

Ritornando al caso concreto, risulta evidente come l'incarico conteso, per via delle sopravvenienze di fatto, non poteva che essere oggetto di un nuovo concorso, con diversi aspiranti; dunque, è l'utile, cioè l'interesse ad agire, che mancava, essendo sparito l'oggetto del giudizio di merito che non poteva più entrare in relazione con il potere pubblico, non potendo, quindi, raggiungere lo scopo per il quale l'ordinamento lo riconosce.

Come affermato anche dai commenti della dottrina¹⁴⁷, infatti, il risultato prospettato dal ricorrente non era più raggiungibile e la sua attribuzione "ora per allora" era diventata una mera *fictio juris*. La questione era, dunque, da ricondurre all'effettiva appartenenza al ricorrente dell'interesse ad agire che, come da sempre sostenuto dalla giurisprudenza della

¹⁴⁷ V. CRISCENTI C., "Lo sconfinamento nel merito del giudice apre la strada all'intervento della Corte" in Guida al Diritto, 10 marzo 2012, p. 41, "*L'impostazione data alla questione di giurisdizione, interesse ad agire da un lato e oggetto e scopo del processo dall'altro, si riflette, peraltro, in modo problematico anche sulla ricostruzione che la Cassazione fa del giudizio di ottemperanza. Dapprima, infatti, le sezioni Unite riconoscono, secondo una giurisprudenza costante, che la funzione del giudizio di ottemperanza sta proprio, in ossequio al principio di effettività della tutela giuridica, "nel soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente". Subito dopo, però, lasciando la posizione del soggetto vittorioso totalmente in ombra, affermano che la giurisdizione di ottemperanza "è il mezzo attraverso il quale deve essere assicurato, grazie all'intervento del giudice, il pieno compimento di quell'attività che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto svolgere conformandosi al giudicato" e che lo stesso giudizio deve essere "prioritariamente preordinato alla realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui la pubblica amministrazione sia vincolata dal precedente giudicato". Si presenta, dunque, ancora una volta l'interesse e l'utile del soggetto da una parte e il potere e il provvedimento amministrativo dall'altra e si trascura di sottolineare che l'accertamento contenuto nel giudicato sancisce quantomeno la coincidenza dell'interesse del ricorrente vittorioso con l'interesse generale di cui il potere e il provvedimento sono espressioni. Anche sotto questo profilo il novum della sentenza in esame sembra non armonizzarsi appieno con i principi della Carta costituzionale".*

Cassazione, non rappresenta un limite alla giurisdizione del giudice amministrativo, quanto piuttosto un presupposto, in termini generici, per ottenere una pronuncia sul merito del ricorso, cosicché l'apprezzamento circa la titolarità dello stesso in capo al ricorrente rimane estraneo al controllo dei limiti esterni della giurisdizione.

CONCLUSIONI

IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO NUOVO PUNTO DI RIFERIMENTO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

La riforma introdotta con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 è di notevole importanza per l'intero panorama processualistico amministrativo, in quanto ha dato all'intera materia una disciplina unitaria e organica, precedentemente ricompresa tra differenti *corpus* normativi e in parte ancora disciplinata da principi giurisprudenziali. Il riassetto processuale, così come previsto dalla legge delega n. 69 del 2009, aveva tre finalità: adeguare le norme processuali alle indicazioni fornite dal giudice delle leggi e dalle altre giurisdizioni superiori; coordinare queste norme con le previsioni del codice di procedura civile; e, infine, realizzare la concentrazione delle tutele. Questo strumento ha l'obiettivo di consegnare agli operatori del diritto nel settore amministrativo un quadro omogeneo chiaro del diritto processuale, in un'ottica di rispetto dell'effettività della tutela giurisdizionale dei cittadini, che uno Stato di diritto come il nostro non può trascurare. Una tutela effettiva, infatti, richiede innanzitutto la certezza e la chiarezza delle norme processuali, che siano facilmente accessibili anche agli utenti.

Il nuovo Codice del processo amministrativo persegue e attua, dunque, in primo luogo questa essenziale ed irrinunciabile funzione. Appare, inoltre, fondamentale sottolineare la funzione separatrice tra diritto processuale e diritto sostanziale operata da questo codice. La giustizia amministrativa, infatti, incidendo profondamente nei rapporti tra il potere giudiziale e quello

esecutivo, soffriva questa particolare contaminazione, che ne rallentava l'avanzare. Il Consiglio di Stato, organo a cui furono assegnate funzioni di giudice amministrativo alla fine del diciannovesimo secolo, era, infatti, stato istituito come organo consultivo del Re Carlo Alberto, ed era funzionale al "*miglioramento nelle cose pubbliche*", così come scritto nel regio editto. È, dunque, evidente come l'attività dei componenti del Consiglio fosse strettamente legata all'attività amministrativa del Regno. E questo legame è andato avanti a lungo, come dimostra l'atteggiamento, per così dire "timido", tenuto dai giudici nei casi in cui era necessario intromettersi nelle scelte effettuate dalla pubblica amministrazione. Un atteggiamento che sicuramente non andava a vantaggio dei cittadini e delle loro pretese. Il sistema di gestione assoluta della giustizia amministrativa del Consiglio di Stato è durato fino al 1971, con l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali. In realtà, la previsione dei giudici amministrativi di primo grado era già stata inserita nella Costituzione del 1948, ma, come spesso accade in Italia, il lento ingranaggio legislativo ha portato dei risultati concreti solo ventitre anni dopo.

La creazione di un nuovo ordine di giudici, stanziati a livello regionale e staccati dal Consiglio di Stato e a ogni funzione di consulenza, ha portato ad una netta separazione tra funzioni giurisdizionali e funzioni amministrative. Ciò ha spinto i giudici ad allargare il proprio spettro di poteri nei confronti dell'amministrazione, con la conseguenza che le loro decisioni si dotarono di maggiore forza conformativa e ordinatoria nei confronti dell'autorità amministrativa soccombente. Nel giudizio di ottemperanza questo effetto fu ancora più evidente, in quanto il giudice ha cominciato a sostituirsi all'amministrazione in tutti i casi di persistente inerzia della stessa, prendendo tutti i provvedimenti necessari per garantire l'effettività della tutela garantita al cittadino e, se necessario, provvedendo a nominare un commissario *ad acta* con le stesse funzioni. Il Codice del processo amministrativo ha confermato questo progresso, garantendo

l'autonomia dei giudici amministrativi e perseguendo l'obiettivo di raggiungere quel concetto di "giusto processo" tanto caro alla normativa comunitaria, quanto indispensabile per il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino.

Lo stesso punto di partenza della tutela amministrativa, e cioè la figura dell'interesse legittimo, prestava il fianco a numerose ambiguità interpretative, che causavano incertezze e contraddizioni pretorie. Il *discrimen* tra diritto soggettivo e interesse legittimo, infatti, non è mai stato previsto a livello normativo, ma è sempre stato rimesso all'apprezzamento dell'organo giudicante. Il Codice non ha mutato la situazione, ma ha fornito un lungo elenco di materie nelle quali il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione esclusiva, raggruppando la quasi totalità delle azioni proponibili di fronte ad esso, ed eliminando, anche se solo di fatto, le ipotesi di dubbio interpretativo, riservate a ipotesi di scuola.

Dal 16 settembre 2010 (e dunque dalla riapertura dei termini processuali dopo il periodo di sospensione feriale, espressamente confermato dall'art. 54 dello stesso codice), anche il giudizio amministrativo ha quindi un suo codice, che, come sottolineato nella Relazione illustrativa al decreto, intende, a buon diritto, collocarsi a fianco dei quattro codici tradizionali del nostro ordinamento (civile, penale, di procedura civile e di procedura penale) ad ulteriore conferma della "piena dignità" del giudice amministrativo enunciata dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale.

Particolarmente importante, ai fini della trattazione fin qui svolta, è sottolineare l'importanza del codice per quel che riguarda le modificazioni attuate sul rito speciale dell'ottemperanza. Lo strumento dell'ottemperanza è un rimedio risalente nel tempo, sorto per assicurare l'osservanza delle sentenze del giudice civile in una cornice di rigida accezione della separazione dei poteri, ed allargato, tramite costante lavoro giurisprudenziale, a istituto idoneo a curare il rispetto delle pronunce degli

organi giurisdizionali amministrativi. Ed è proprio questa attività pretoria ad aver sviluppato il concetto e i lineamenti del giudizio di ottemperanza.

Così oltre ad aver ampliato la tutela esecutiva alle sentenze del giudice amministrativo, la giurisprudenza è stata decisiva nel determinare quali tipi di pronunce ricadono sotto la competenza di quest'ultimo, ampliando le possibilità di ricorso del cittadino che vanta pretese di ripristino del proprio interesse leso.

L'approfondimento interpretativo degli organi giurisdizionali ha consentito di delineare casi in cui i ruoli delle parti sono invertiti, cioè quando è il privato ad essere soccombente e tenuto ad adempiere la sentenza. Essendo nato come strumento per sopperire alle mancanze delle amministrazioni inadempienti, non si era mai prospettata l'idea di visualizzare l'attività ottemperante come rivolta a sostituirsi alle mancanze di un soggetto privato. Con una misurata, ma crescente, serie di decisioni si è arrivati ad ammettere che non ci sono ostacoli logici all'esperibilità dell'azione di ottemperanza nei confronti di un soggetto privato, ma comunque inadempiente rispetto alla *regula iuris* posta dal giudicato. Orientamento, poi, cristallizzato dalle norme codicistiche, che hanno sancito il principio generale secondo cui i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e da tutte le altre parti.

L'opera edificatoria dei giudici amministrativi è stata decisiva anche per aver esteso l'utilizzabilità dell'ottemperanza in tutta una serie di occasioni prima escluse. Innanzitutto, si è riusciti ad inserire tra le sentenze da eseguire tramite questo strumento anche quelle non passate in giudicato, le quali pur non avendo la stabilità tipica dei provvedimenti passati in giudicato, necessitavano di una via che non rendesse vane le pretese del soggetto vittorioso, pur nell'eventualità che il successivo grado di giudizio ribaltasse la situazione precedente.

Lo stesso è successo per l'esecuzione delle misure cautelari e per il silenzio della pubblica amministrazione, che presentava la quasi insormontabile

assenza di un provvedimento esplicito su cui basare la fase esecutiva.

Estremamente delicato è stato riunire il giudizio di ottemperanza e l'azione di risarcimento del danno, che l'orientamento prevalente ha sempre considerato come due rette parallele. L'inadeguatezza di un procedimento di natura esecutiva ad ospitare valutazioni dalla conformazione tipicamente cognitiva, spingeva la giurisprudenza amministrativa ad escludere rigidamente l'eventualità di unificare i procedimenti. Solo piccole aperture interpretative e l'arrivo del nuovo codice hanno realizzato quest'obiettivo, rispettando appieno i principi generali di efficienza e celerità processuale.

Particolarmente difficile è stato affrontare il rapporto tra il giudizio di ottemperanza e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, storicamente non ammesso tra i provvedimenti di carattere giurisdizionale. Un'attenta analisi dottrinale e l'aiuto delle evoluzioni normative, che hanno trasformato il ruolo del Consiglio di Stato da consultivo a decisorio, hanno aperto la strada alla possibilità di far ricorso anche avverso questo tipo di decisione.

È in questo campo che si riscontrano alcune delle lacune del Codice in materia di ottemperanza. Infatti, mentre è da sottolineare la norma, poi modificata, sull'azione risarcitoria, non si può non notare la carenza rispetto al ricorso straordinario, verso il quale il Codice non è riuscito a tenere il passo delle innovazioni legislative degli ultimi anni. La mancata localizzazione della decisione sul ricorso al Presidente della Repubblica fra le azioni per cui è proponibile l'ottemperanza ha scatenato diversi orientamenti giurisprudenziali, che, però, fortunatamente, hanno portato allo stesso risultato pratico, e cioè alla conferma dell'assoggettabilità della decisione sul ricorso all'azione esecutiva.

Ma risulta, comunque, evidente il grande merito del Codice del processo amministrativo: aver trasformato l'importante opera della giurisprudenza in norme scritte e, come tali, dotate di quel grado di certezza che consente ai cittadini di essere tutelati nel loro vivere sociale.

Anche il successivo decreto correttivo (d.lgs. 195/2011) ha portato un po' di luce sul giudizio di ottemperanza, pur non prendendo posizione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato. In particolare, questa riforma legislativa è stata determinante per risolvere le difficoltà inerenti ai rapporti tra il procedimento esecutivo e l'azione di risarcimento danni, in quanto è stato riformulato il comma 3 dell'art. 112 ed è stato completamente abrogato il comma 4, la cui formulazione poteva ingenerare equivoci. L'azione risarcitoria per i danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione è, così, diventata proponibile, oltre che tramite ricorso ordinario in primo grado *ex art. 30, comma 5, c.p.a.*, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza.

La riforma è stata determinante anche per la posizione presa riguardo alla figura del commissario *ad acta*, che è stato inserito dall'art. 21 c.p.a. tra gli ausiliari del giudice, e i cui atti hanno subito una precisa disciplina: fra le parti impugnabili di fronte allo stesso giudice dell'ottemperanza, per i soggetti terzi impugnabile, invece, con il ricorso ordinario al giudice amministrativo.

La disciplina del giudizio di ottemperanza, come precisato in precedenza, si configura in una posizione fondamentale quanto delicata nell'assetto ordinamentale italiano. Pur essendo oramai assodato che il principio della separazione dei poteri non intende una divisione netta, lo sconfinamento risulta il più delle volte come un atto di lesa maestà. E nel giudizio di ottemperanza ciò si avverte in maniera esponenziale, in quanto il giudice non è solo colui che regola i rapporti fra le parti, ma colui che prende il posto dell'amministrazione, provvedendo ad emanare gli atti necessari al corretto adeguamento della realtà predisposta dalla sentenza di merito.

È difficile, dunque, immaginare un'interferenza maggiore del potere giudiziale nel potere esecutivo, e, di conseguenza, appare inevitabile il lento procedere che ha avuto la giustizia amministrativa negli ultimi

centocinquanta anni. Ma la crescente esigenza di giustizia che si è profilata nel corso degli anni, spinta prima dai principi fondamentali posti dalla Costituzione e, successivamente, dall'espansione della normativa comunitaria, sempre più attenta ai diritti dell'uomo, ha portato ad una netta separazione degli organi giudicanti e dell'amministrazione, garantendo ai cittadini la corretta copertura giuridica dei propri diritti e interessi. Anche per questo, la giustizia amministrativa, inizialmente ancorata a strumento di difesa dei soli interessi legittimi, ha allargato la propria sfera di competenza, si è adattata a tutelare tutta una serie di posizioni soggettive, qualificabili come diritti soggettivi.

Il giudizio di ottemperanza è, così, diventato uno strumento centrale nella lotta al raggiungimento e alla concretizzazione dei principi di tutela dei diritti ed effettività delle pronunce. In questo senso, il codice del processo amministrativo ha sicuramente dato una mano a semplificare il lavoro degli operatori di giustizia, allineando la disciplina processualistica amministrativa a quella degli altri settori e garantendo le stesse fondamentali tutele.

BIBLIOGRAFIA

ADAMO C., “Giudizio di ottemperanza delle sentenze non passate in giudicato”, relazione al Convegno su “Il processo amministrativo dopo la riforma”, Palermo, 2000

ADAMO C., “Il processo amministrativo dopo la riforma”, in Relazione al convegno, Palermo, 2000

ANDREIS M., “Commissario ad acta, regime dei suoi atti e nuovo codice del processo amministrativo”, in Urbanistica e appalti, 2012, p. 565

ANTONIOLI M., “Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza”, in Dir. Proc. Amm., 2011

APERIO BELLA F., “Ottemperanza e risarcimento”, in Giustamm.it, 2011

ARLINI D., “Si estende l’orientamento dei tribunali amministrativi circa l’esecuzione di sentenze non passate in giudicato”, Milano, 1988

BARBAGALLO G., “Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato”, in I Consigli di Stato di Francia e d’Italia, 1998

BARBAGALLO G., “La giurisdizione del Consiglio di Stato”, in Giustiziaamministrativa.it, 2006

BARBIERI E., “Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo”, in Foro Amministrativo, 1987, p. 3173

BARBIERI M. E., “Il contenuto della sentenza come criterio di ripartizione della competenza per il giudizio di ottemperanza”, in Foro Amministrativo, 1980, p. 1139

BASILICA F – AMATO S. L., “Osservazioni sull’ammissibilità dell’opposizione di terzo nel giudizio di ottemperanza”, in *Rass. Avv. St.*, 1995, p. 425

BENINCAMPI A., “Il decreto correttivo ad un anno dall’entrata in vigore del codice sul processo amministrativo”, in *Treccani.it*, 2012

BIANCOFIORE P., *Intervento presso Ordine degli Avvocati di Castrovillari e di Rossano*, 2009

CAIANIELLO V., “Manuale di diritto amministrativo”, Torino 1988

CAPONIGRO R., “Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo”, in *Giustiziaamministrativa.it*, 2010

CARINGELLA F – PROTTO M., “Il nuovo processo amministrativo”, Roma, 2001

CARINGELLA F. – PROTTO M., “Manuale di diritto processuale amministrativo”, Roma, 2012

CARINGELLA F., “Giudice amministrativo e diritti fondamentali”, relazione tenuta al Convegno per il trentennale del TAR Lecce, Lecce, 2008

CARINGELLA F., “Voglia di giurisdizione”, relazione al Convegno organizzato dalla Camera Amministrativa di Bari, Bari, 2006

CARUSO G., “La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze propulsive dei TAR”, in *Foro Amm.*, 1994, p. 470

CASSETTA E., “Manuale di diritto amministrativo”, Roma, 2012

CASOLI L., “Resoconto del seminario sui Libri IV e V del progetto di Codice del processo amministrativo”, Napoli, 2010

CERRETO A., “Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte”, in *Giustiziaamministrativa.it*, 2007

CERRETO A., “L’istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato e le altre innovazioni introdotte dalla L. 7 marzo 1907 n. 62, con accenno alle questioni fondamentali emerse nella giurisprudenza della V Sezione nel periodo 1907-1923”, comunicazione per la Giornata di studio per il centenario dell’istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato, 2007

CERULLI IRELLI V., “Corso di diritto amministrativo”, Torino, 1997

CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., “Manuale di diritto amministrativo”, 2011

CLARICH M., “Il processo amministrativo a rito ordinario”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 1058

CLARICH M., “Introduzione al commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205 di riforma del processo amministrativo”, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, p. 111

CLARICH M., “L’effettività della tutela nell’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo”, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 523

COCOZZA G., “Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo”, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 1321

CORSO G., “Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva”, Milano, 1989

COSSU L., “Il giudice amministrativo e i rapporti obbligatori”, in *Atti del XLIX Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, 2004

COSSU L., “Notificazione degli atti processuali alle amministrazioni dello stato e processo amministrativo”, in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 1979, p. 2

CRISCENTI C., “Lo sconfinamento nel merito del giudice apre la strada all’intervento della Corte”, in *Guida al Diritto*, 2012 , p. 41

D’ARIENZO M., “Il risarcimento dei danni nel giudizio di ottemperanza alla luce delle novità introdotte dal Codice del processo amministrativo”, in *Giustamm.it*, 2010

D’ORSOGNA M., “I rimedi straordinari contro le decisioni dei giudici amministrativi”, in *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2006, p. 366

DE LISE P., “Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici”, relazione agli “Incontri sul processo amministrativo”, Libera Università San Pio V, 2008

DE LISE P., “Il codice del processo amministrativo ad un anno dalla sua entrata in vigore”, in *Giustiziaamministrativa.it*, 2011

DE LISE P., “L’organizzazione e le funzioni del Consiglio di Stato”, relazione introduttiva tenuta in occasione della visita al Conseil D’Etat, 2011

DE NICTOLIS R., “Il rito abbreviato comune a determinate materie nel nuovo codice del processo amministrativo”, in *Giustiziaamministrativa.it*, 2010

DE ROBERTO A., “Relazione sullo stato di giustizia”, 2006

DE ROBERTO A., “Relazione sulla Giustizia Amministrativa”, Roma, 2004

DENARO M., “Il giudice dell’ottemperanza non ha poteri di cognizione”, in *Fiscooggi.it*, 2005

DURANTE N., “Il processo amministrativo a parti invertite”, in Giustiziaamministrativa.it, 2004

FAVARA F., “Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali”, Milano, 1977

FOLLIERI E., “La cautela tipica e la sua evoluzione”, in Dir. Proc. Amm., 1989, p. 659

FORLENZA O., “Sulle controversie non sospese ottemperanza al TAR”, in Guida al diritto, 2000, p. 84

FRANCARIO F., “Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull’atto di ottemperanza”, in Foro Amm., 1985, p. 746

FRENI F., “Impressioni a prima lettura a margine di SS. UU. 28 gennaio 2011, n. 2065”, in “Tanto tuonò...”, in Giustamm.it, 2011

GALLO C. E., “Il decreto correttivo al codice del processo amministrativo”, in Urbanistica e appalti, 2012, p. 23

GALLO C. E., “Manuale di giustizia amministrativa”, Torino, 2012

GALLO C. E., “Primi orientamenti in tema di esecuzione delle sentenze dei TAR non passate in giudicato: commento”, in Urbanistica e appalti, 2002, p. 849

GARRI F., “Il giudizio di ottemperanza”, in Foro Amm., 1984, p. 265

GASPARINI CASARI V., “Esecutività della sentenza amministrativa e giudizio di ottemperanza”, in Dir. Proc. Amm., Milano, 1983, p. 343

GIACCHETTI S., “Giustizia amministrativa: alla ricerca dell’effettività smarrita”, Milano, 1996

GIACCHETTI S., “Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito”, in Foro Amm., 1986, p. 1967

GIACCHETTI S., “Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza”, in Foro Amm., 1979, p. 2611

GIACCHETTI S., Relazione al Convegno per l’anniversario dell’istituzione del C. G. A., in Giur. Amm. Sic., 1988

GRAZIOSI B., “Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado”, in Dir. Proc. Amm., 1997, p. 451

GUICCIARDI E., “La giustizia amministrativa”, Padova, 1957

IANNOTTA R., “Osservazioni a Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1998, n. 1487”, in Foro Amministrativo, 1998, p. 321

IARIA D., “Il ricorso e la tutela contro il silenzio”, in Giornale Dir. Amm., 2000, p. 1074

LASCHENA R., “ Audizione del Presidente del Consiglio di Stato”, in Lexitalia.it, 1997

LOGIUDICE F., “Natura giuridica del commissario ad acta”, in Altalex.it, 2007

LUMETTI M. V., “Il nuovo giudizio cautelare amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205”, relazione presso Università di Ferrara, 2001

MAFFEZZONI M., “Il commissario ad acta organo del giudice dell’ottemperanza”, Milano, 1986

MANCINI C., “Il giudizio di ottemperanza”, in Spia al Diritto, 2008, p. 34

MANDRIOLI C., “Diritto processuale civile”, Torino, 2002

MARCHETTI B., “L’esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato”, Padova, 2000

MARUOTTI L., “Il giudice amministrativo come giudice del risarcimento”, in Convegno su “Il codice del processo amministrativo”, Lecce, 2009

- MIGLIARESE F., “Esecutività delle sentenze dei TAR e giudizio di ottemperanza”, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, p. 125
- MIGNONE C., “Diritto amministrativo”, Bologna, 2001
- MURGOLO L., “Resoconto del seminario sui Libri IV e V del progetto di Codice del processo amministrativo”, Napoli, 2010
- NIGRO M., “Giustizia amministrativa”, Bologna, 1994
- NIGRO M., “Giustizia amministrativa”, Roma, 2002
- NIGRO M., “Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza”, in *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1981, p. 1157
- PAJNO A., “Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione”, in *Foro Amm.*, 1987, p. 1648
- PANTALEO A., “L’opposizione di terzo nel giudizio di ottemperanza”, in *Ambientediritto.it*, 2011
- PATRONI GRIFFI F., “Trattato di diritto amministrativo”, a cura di S. Cassese, Milano, 2000
- PATRONI GRIFFI F., “Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici”, relazione al convegno “La disciplina dell’azione amministrativa a vent’anni dalla legge n. 241 del 1990”, Roma, 2011
- PELILLO S., “Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo”, Milano, 1990
- PELILLO S., “Il ricorso avverso il silenzio della P.A.”, in *Giust. Amm.*, 2001, p. 1106

POLI V., “L’astensione e la ricsuzione del giudice amministrativo nel nuovocodice del processo amministrativo”, in Giustiziaamministrativa.it, 2010

POTOTSCHING U., “La giurisdizione amministrativa di merito”, Firenze, 1969

POZZI A., “Ricorso straordinario al Capo dello Stato e principi costituzionali”, in Giustiziaamministrativa.it, 2005

PRUDENZANO L., “Commissario ad acta”, in Altalexpedia.it, 2011

QUINTO P., “Il codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario”, in GiustiziaAmministrativa.it, 2010

QUINTO P., “Il ricorso straordinario”, relazione al Convegno sul nuovo Codice del processo amministrativo, Lecce, 2010

ROMANO A., “Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito”, in Foro it., 1985, p. 2491

ROMEO G., “L’ottemperanza, oggi”, in Dir. Proc. Amm., 1988, p. 37

SANDULLI A. M., “Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati”. Napoli, 1963

SANDULLI A. M., “Il problema dell’esecuzione delle pronunce del giudice”, in Diritto e società, 1982, p. 23

SANDULLI A. M., “Il processo amministrativo”, Milano, 1959

SANDULLI A. M., “Manuale di diritto amministrativo”, Napoli, 1989

SANDULLI M. A., “L’amministrativista. Nuovo processo amministrativo”, Roma, 2010

SANDULLI M. A., “Sulla giustizia amministrativa”, in Foro Amm. TAR, 2011, p. 87

SASSANI B., “Il controllo del giudice dell’ottemperanza sull’attività del commissario ad acta”, in Foro Amm., 1988, p. 889

SASSANI B., “Impugnativa dell’atto e disciplina del rapporto”, Padova, 1989

SCHINAIA M. E., “ I poteri del giudice amministrativo nella fase dell’esecuzione delle sue decisioni da parte dell’Amministrazione”, in Relazione al colloquio tra Consiglio di Stato d’Italia e Consiglio di Stato di Grecia, Atene, 2003

SCIULLO G., “Il comportamento dell’amministrazione nell’ottemperanza”, in Dir. Proc. Amm., 1997, p. 64

SCOCA F., “Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennale di attività dei TAR”, in Dir. Proc. Amm., 1985, p. 270

TASSONE A. R., “Giudizio di ottemperanza e sentenze dei TAR”, in Trib. Amm. Reg., 1975, p. 188

TRAVI A., “Giudizio di ottemperanza e giurisdizione di merito”, in Giornale Dir. Amm., 1995, p. 981

TRAVI A., “La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.”, in Dir. Proc. Amm., 1990, p. 329

TRAVI A., “Lezioni di giustizia amministrativa”, Roma, 2012

TREBASTONI G., “ Il giudizio di ottemperanza: difficoltà pratiche e proposte di riforma”, relazione presso convegno nazionale ANMA, Siracusa, 2009

URBANO G., “Resoconto del seminario sui Libri IV e V del progetto di Codice del processo amministrativo”, Napoli, 2010

VERDE G., “Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi”, in Riv. Trim. Dir. Proc., 1980, p. 651

VIPIANA P. M., “Contributo allo studio del giudicato amministrativo”, Milano, 1990

VIRGA P., “Diritto amministrativo – Atti e ricorsi”, Milano, 2001