

D O T T R I N A

Il giudizio di ottemperanza secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale

di Pasquale Fava^()*

SOMMARIO: 1.- L'ottemperanza come strumento processuale costituzionalmente necessario. 2.- L'evoluzione storica della normativa. 3.- La natura giuridica del giudizio di ottemperanza: un caso di giurisdizione di merito da valutare differenziando le sentenze dell'A.G.O. da quelle del G.A. 4.- Inerzia, violazione ed elusione del giudicato. 5.- Il rito dell'ottemperanza.

1. L'ottemperanza come strumento processuale costituzionalmente necessario

Il giudizio di ottemperanza (1) costituisce il rimedio processuale che consente di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale innanzi all'inadempimento totale, parziale o "mascherato" dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi alle decisioni della magistratura, consentendo al privato vittorioso di conseguire l'utilità derivante dalla pronuncia giurisdizionale illegittimamente negata dalla P.A.

^(*) Giudice della Corte dei Conti.

Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato nelle "Lezioni di diritto processuale amministrativo" a cura del Prof. Giuseppe Morbidelli.

(1) Tra i principali contributi scientifici intervenuti sul giudizio di ottemperanza A.A.V.V., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962; A.A.V.V., *Il giudizio di ottemperanza* (Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna 1981), Milano, Giuffrè, 1983; ABBAMONTE G. - LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, 501-526; AZZARITI G., *In tema di proponibilità del*

L'ottemperanza, in tal modo, attua i principi costituzionali del diritto di difesa sanciti negli articoli 24 (1° co.), 103 (1° co.), 111(1° co.) e 113 (1° co.)

giudicato di ottemperanza avverso una decisione amministrativa non ancora passata in giudicato, in *Rass. Avv. Stato*, 1969, I, 1095; BENVENUTI F., *Giudicato (dir. amm.)*, *Encl. Dir.*, Vol. XVIII, 1969, 893; CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 2003, 973-1024; CALABRÒ C., *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma (IPZS), 1981, 965; ID., *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XV, Roma, 1989; ID., *Giudicato (Diritto Processuale Amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XV, Roma, 2002; CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 310 ss.; ID., *Diritti patrimoniali ed esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. It.*, 1931, III, 42; ID., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. It.*, 1937, III, 65; CANNADA BATOLI E., *Appunti sul contraddittorio nel processo ex art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. Trim. dir. e Proc. Civ.*, 1960, 1553; ID., *Della profetica esecuzione di successivo giudicato*, in *Foro Amm.*, 1969, II, 207; CASSESE S., *L'esecuzione forzata*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, 173; CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, CEDAM, 1989; ID., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 523; CORSARO A., *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2007, 1053; FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; FORTI U., *Il ricorso al Consiglio di Stato contro il mancato adempimento dell'obbligo della autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della autorità giudiziaria ordinaria*, in *Riv. Prat. Dir. Giur.*, 1904 (poi in *Studi di diritto pubblico*, II, 1937, 217); GIANNINI M.S., *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, 442; GUICCIARDI E., *L'obbligo dell'Autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 250; LUCE A., *Ancora sul giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 786; MALINCONICO G., *L'impugnazione degli atti commissariali nel giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 465; MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 266; MELE E., *I limiti dell'amministrazione nell'esecuzione del giudicato*, in *Foro Amm.*, 1986, 2716; NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1954, 228; ID., *L'esecuzione delle sentenze di condanna della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, V, 57; ID., *Giustizia amministrativa*, 4a ed. (a cura di Cardì E. e Nigro A.), Bologna, Il Mulino, 1994, 312-324; PAJNO A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro Amm.*, 1987, 1645; PATRONI GRIFFI F., *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in MORBIDELLI G., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 794-827; PELILLO S., *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990; RANELLETTI O., *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte provinciali amministrative*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, 76; SAITTA F., *Il giudice dell'ottemperanza*, Milano, 1991; ID., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 293-353; SALVATORE P., *Il giudizio di ottemperanza nella evoluzione giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, 855; SANDULLI A.M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudicato amministrativo*, in *Dir. e società*, 1982, 19; SATTA F., *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1967, 947; ID., *Giustizia amministrativa*, 1997, 499-506; SCHINAIA M.E., *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, relazione tenuta nel colloquio svoltosi ad Atene nei giorni 11-14 ottobre 2003 con il Consiglio di Stato di Grecia, in www.giustizia-amministrativa.it; COCA F.G.,

della Costituzione che impongono al Legislatore di predisporre gli strumenti tecnici che assicurino al privato l'utilità vantata che vada oltre la mera pronuncia di cognizione, risolvendosi nell'attuazione effettiva della pretesa attivata dal privato avverso gli atti ed i comportamenti della P.A. impugnati e/o contestati.

Come ha rilevato il Giudice delle leggi *“una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione [...] non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli art. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto”* (2). È, quindi, necessario imporre in capo all'Amministrazione un obbligo di conformazione al giudicato che *“consiste nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice”* a fronte del cui inadempimento *“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”* (3).

Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità, in *Foro it.*, 1979, II, 73; SCOTTO G., *L'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari*, in *Stato civ.*, 1970, 370; TARULLO S., *Esecuzione ed ottemperanza*, in SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, 2006, 465-481; TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale)*, Tomo V (*Il processo amministrativo*), 2003, 4605-4660; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, GIAPPICHELLI, 2006, 330-338; ID., *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 912-936; VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1991, 257-289; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 361-391; VILLATA R., *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968; ID., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971; ID., *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 170; VIPIANA M.P., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990; ID., *Spunti a proposito della reciproca conversione fra ricorso per ottemperanza e ricorso ordinario di mera legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 254.

(2) C. cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. It.*, 1997, I, 103; in termini C. cost. 15 settembre 1995, n. 435.

(3) C. cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. It.*, 1997, I, 103; in termini C. cost. 15 settembre 1995, n. 435.

Nonostante la descritta funzione costituzionale, l'Adunanza Plenaria ha correttamente ritenuto estendibile il blocco delle procedure esecutive individuali nei confronti degli enti locali per i quali sia intervenuta la dichiarazione dello stato di dissesto finanziario previsto dall'art. 21, 3° co., D.L. 18 gennaio 1993, n. 8 c. L. 19 marzo 1993, n. 68, poi refluita nell'art. 81 D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (disciplina ritenuta costituzionalmente legittima dal Giudice delle leggi in quanto la limitazione della proponibilità delle azioni esecutive è imposta nel quadro di un ragionevole contenimento degli interessi pubblici e privati coinvolti – C. cost. 29 giugno 1995, n. 285) rilevando che *“la pretesa creditoria all'esecuzione forzata non è frustrata, ma è meramente deviata da uno strumento di soddisfacimento individuale verso uno di tipo concorsuale”* atteso che *“l'esigenza di contestuale liquidazione dei debiti degli enti locali nel rispetto del principio della par condicio creditorum costituisce ragione sufficiente di tale meccanismo sostitutorio dello strumento di tutela approntato dall'ordinamento”* (Cons. Stato, A.P., 24 giugno 1998, n. 8).

Con queste pronunce la Consulta ha sancito in via definitiva la conformità a Costituzione della ricostruzione operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione alla funzione del giudizio di ottemperanza (*"finalità di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto derivante dal giudicato ordinario o amministrativo attraverso il termine medio di un'attività amministrativa sia di natura provvedimentoale, sia di natura meramente adempitiva"*) onde effettivamente *"sopperire alla inerzia, al rifiuto, all'attività elusiva o di incompleto adempimento dell'Amministrazione"* (4)) e al contenuto dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo (*"... circa l'ambito e le caratteristiche del giudizio di merito, si può affermare che la sostanziale ragione che indusse il legislatore ad affidare al giudice amministrativo competenza di merito in ordine ai ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformare l'azione amministrativa al giudicato fu certamente quella di consentirgli, perché fosse assicurato siffatto adempimento stante l'inerzia dell'Amministrazione, i più ampi poteri di intervento, diretto o indiretto, volti alla finalità della reintegrazione completa della stessa giuridica del cittadino. E la cognizione estesa al merito consente appunto al giudice di sostituirsi all'Amministrazione inerte ponendo in essere [...] tutti quegli atti che, caso per caso, si presentino necessari allo scopo di rendere conforme al giudicato la situazione dei rapporti tra cittadino e P.A."* (5)).

2. L'evoluzione storica della normativa (6)

Il giudizio di ottemperanza fu introdotto limitatamente alle sentenze (passate in giudicato) dell'A.G.O. dall'art. 4, n. 4, della legge 31 marzo 1889, n. 5992 (7) (c.d. legge Crispi) nell'ambito dell'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato cui vennero attribuite funzioni giurisdizionali.

Sotto un altro profilo, pur riconoscendo la natura costituzionalmente necessaria dell'ottemperanza, è stato precisato che la Carta Fondamentale non impone di assicurare la fruibilità dello stesso anche in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive dell'A.G.O. (C. cost., 8 febbraio 2006, n. 44 e Id., 25 marzo 2005, n. 122) nonché, prima della riforma intervenuta con l'art. 10 (1°co.) Legge 21 luglio 2000, n. 205, delle sentenze provvisoriamente esecutive dei TAR (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406).

(4) Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1. In termini Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23.

(5) Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1. In termini Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23.

(6) Per ulteriori approfondimenti storici VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, Dig. Disc. Pubbl., Torino, UTET, 1991, 259-263; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 362-365.

(7) La disposizione è stata riprodotta senza alcuna modifica letterale nell'art. 26, n. 5 del T.U. 2 giugno 1889, n. 6166 (che coordinava la legge istitutiva della IV Sezione con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. D), nell'art. 23, n. 5, del T.U. 17 agosto 1907, n. 638 (che riordinava la legislazione in vigore con la legge 7 marzo 1907, n. 62 di istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato), nell'art. 27 n. 4 del T.U. Cons. Stato e, da ultimo, nell'art. 37 della Legge T.A.R.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio 9 marzo 1973, n. 1, la legge Crispi riconobbe uno specifico rimedio processuale per reagire avverso la recalcitranza dell'Amministrazione ad adempiere all'obbligo di conformazione al giudicato delle decisioni dell'A.G.O. in cui fosse stata accertata la "violazione di un diritto civile o politico", obbligo che veniva riconosciuto esistente già durante la vigenza della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (8) ma che era, tuttavia, incoercibile in considerazione della mancanza di un efficace strumento di tutela giurisdizionale specie alla luce del divieto di repressione degli atti amministrativi imposto all'A.G.O. dagli art. 4 della L.A.C. (9).

L'art. 88 del regolamento di procedura per i giudizi dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (R.D. 17 agosto 1907, n. 642) confermò che "l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese", mentre l'art. 27, n. 4), del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054) ribadì la giurisdizione di merito del Consiglio di Stato sui "ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico".

Successivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato (10) estese il rimedio anche alle proprie decisioni assunte in sede giurisdizionale anche se le

(8) La Plenaria, confermando la praticabilità del rimedio anche in relazione agli accertamenti di natura incidentale sull'illegittimità dei provvedimenti amministrativi ("...non può esservi, invero, alcun dubbio in ordine all'esistenza in ogni caso di un obbligo preciso sia di esecuzione del giudicato sia di ottemperanza ad esso, cioè di uniformare l'azione amministrativa al contenuto della pronuncia principale o incidentale del giudice..."), ha rilevato che "Malgrado la mancanza di una affermazione precisa della sussistenza di un vero e proprio obbligo giuridico dell'Amministrazione di "conformarsi al giudicato" del giudice ordinario e malgrado qualche incertezza in sede dottrina, ben presto si riconobbe che all'Autorità amministrativa l'ordinamento imponeva un vero e proprio obbligo giuridico di porre in essere tutta l'attività amministrativa necessaria per eliminare le situazioni riconosciute contra legem dalla sentenza passata in giudicato, vale a dire, in particolare, di eliminare dal mondo giuridico gli atti riconosciuti incidentalmente illegittimi dal giudice ordinario, ovvero di porre in essere quegli atti necessari per rendere la situazione di fatto conforme a quella diritto" (Cons. Stato, A. P., 9 marzo 1973, n. 1).

(9) L'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, recita che "...i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio"

(10) Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181 e n. 182 in *Foro It.*, 1928, III, 102 (un significativo estratto della decisione n. 181 si può leggere anche in VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1991, 263-263; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 366) e ID., Sez. V, 13 marzo 1931, n. 176 (in *Foro It.*, 31, III, 181).

L'orientamento fu successivamente confermato nella celebre decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 2157/1953 (in *Foro it.*, 53, I, 1081; un estratto significativo della decisione può leggersi anche in VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1991, 264; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commen-*

norme richiamate si riferivano esclusivamente ai giudicati dell'A.G.O., fondando il proprio convincimento sulla funzione che l'ordinamento aveva inteso assegnare, nel quadro degli istituti di tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, al rimedio previsto dall'art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

In seguito la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (11), superando l'orientamento originario di segno contrario (12), ha esteso l'ottemperanza al

tario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, CEDAM, 1992, 366-367) che affermò che l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce un obbligo dell'amministrazione ad essa imposto nel superiore e generale interesse dell'attuazione della giustizia che si conforma al principio chiovendiano secondo cui il "processo deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello che egli ha diritto di conseguire".

Le decisioni della Sezione quarta del 1928 costituirono l'anello finale di un'evoluzione giurisprudenziale che aveva avuto inizio con il riconoscimento alle pronunce del Supremo consesso amministrativo dell'idoneità ad assumere autorità di cosa giudicata (Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 1894, in *Giur. It.*, 1894, III, 161 e Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 1901, in *Giust. Amm.*).

(11) Secondo la Plenaria (Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1), chiarito che presupposto del giudizio di ottemperanza è l'inerzia o il rifiuto dell'Amministrazione di provvedere, non potrebbe negarsi che, anche in relazione all'esecuzione delle sentenze di condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme, potrebbe verificarsi una fattispecie non dissimile a quella nella quale, dopo la dichiarazione incidentale di illegittimità dell'atto, occorra che l'Amministrazione ponga in essere l'attività necessaria perché la pronuncia del giudice consegua gli effetti previsti dall'ordinamento e quindi siano concretamente ipotizzabili condotte omissive, rifiuti più o meno formalizzati, oppure esecuzioni meramente apparenti. Anche in relazione alle procedure di spesa l'Amministrazione potrebbe risultare inerte nel porre in essere la necessaria attività amministrativa prevista dalle norme di contabilità pubblica tesa a consentire l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria e l'intervento del giudice amministrativo in sede di ottemperanza sarebbe quindi preordinato a sopperire a tali condotte. Ad avviso della Plenaria ancorché tale "attività non sia strettamente di natura provvedimentoale ma semplicemente soddisfatta di un pretesa pecuniaria e adempitiva", quindi coercibile anche attraverso altri strumenti previsti dall'ordinamento (segnatamente l'esecuzione forzata innanzi all'A.G.O.), l'unica differenza tra i due giudizi esecutivi sarebbe costituita dalla circostanza che nel primo il rimedio ex art. 27 n. 4 T.U. Cons. Stato costituirebbe il solo strumento giuridico di reazione nei confronti dell'Amministrazione inerte, mentre nel secondo esso sarebbe concorrente con l'azione esecutiva ordinaria. Quindi il soggetto interessato avrebbe la "possibilità di scegliere tra l'esecuzione forzata ordinaria, secondo le norme del codice di rito, e l'esecuzione in sede amministrativa con il ricorso ex art. 27 n. 4, giacché i due rimedi non sono alternativi, nel senso che l'uno esclude l'altro, ma sono tra loro concorrenti, nel senso che l'uno si aggiunge all'altro ed entrambi possono essere esperiti, anche contestualmente, perché la pretesa creditoria trovi puntuale adempimento in via coattiva" anche perché "l'esaurimento dei fondi di bilancio o la mancanza di disponibilità di cassa non costituiscono legittima causa di impedimento all'esecuzione del giudicato, dovendo l'Amministrazione porre in essere tutte le iniziative necessaria per rendere possibile il pagamento, procedendo alla liquidazione, alla formazione dei mandati, al reperimento dei fondi" e, in mancanza, ben potrebbe il giudice amministrativo adito in sede di ottemperanza assegnare "un termine all'Amministrazione inadempiente perché provveda con contestuale nomina di un commissario ad acta, il quale scaduto inutilmente detto termine, ponga in essere, un ulteriore termine fissato dal giudice, tutti quegli adempimenti contabili anche relativi al reperimento dei fondi, occorrenti alla corresponsabile di somme" (Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1).

giudicato di condanna al pagamento di somme di denaro formatosi su decisioni dell'A.G.O., affermando la concorrenzialità del rimedio con l'esecuzione civile (13).

L'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ha confermato il rimedio dettando regole specifiche in materia di competenza (14) mentre gli articoli 10, 1° co., e 3, 1° co., della legge 21 luglio 2000, n. 205, hanno rispettivamente esteso il rimedio alle sentenze dei T.A.R. non sospese in appello e alle ordinanze cautelari (15).

(12) Per l'orientamento originario che riteneva inammissibile l'ottemperanza delle sentenze dell'A.G.O. di condanna al pagamento di somme di denaro si richiamano, tra l'altro, Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 1890; Id., Sez. IV, 26 aprile 1895; Id., Sez. V, 16 novembre 1937, n. 1281; Id., Sez. V, 30 dicembre 1952, n. 1413; Id., Sez. V, 21 dicembre 1957, n. 1226; Id., Sez. V, 30 ottobre 1965, n. 1046; Id., Sez. IV, 23 novembre 1966, n. 841.

(13) Per la concorrenzialità tra l'esecuzione civile e l'ottemperanza si sono schierate numerose decisioni successive (Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6362; Id., Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161; Id., Sez. V, 12 novembre 2001, n. 5788; Id., Sez. IV, 1° settembre 1999, n. 1399). È chiaro che ammettendo la possibilità di incardinare entrambi i giudizi, ove l'interessato sia stato integralmente soddisfatto all'interno di uno dei due processi, quello ancora pendente dovrebbe chiudersi in considerazione della sopravvenuta carenza di interesse alla sua prosecuzione (così Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161; Id. Sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 480).

(14) Come sarà successivamente rilevato la competenza in materia di giudizio di ottemperanza è pacificamente ritenuta di natura funzionale e inderogabile, pertanto, rilevabile anche d'ufficio e non necessariamente attraverso il regolamento di competenza (Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3926; Id., Sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3574; Id., Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 14).

(15) Giova ricordare che l'orientamento favorevole all'estensione del rimedio alle sentenze del Consiglio di Stato impugnate con ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione o con ricorso per revocazione ex art. 395 (n. 4 e 5) c.p.c. sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 21 marzo 1969, n. 10, in *Foro Amm.*, 1969, 171, e Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901; Id., Sez. IV., 15 maggio 1973, n. 564) fu bocciato dalla Cassazione (Cass. Civ. Sez. Un., 18 settembre 1970, n. 1563, in *Foro It.*, 1970, 2349; Id., Sez. Un., 5 novembre 1973, n. 2863, in *Foro Amm.*, 1974, I, 1, 188; Id., Sez. Un. 7 novembre 1973, n. 2897, in *Cons. Stato*, 1974, II, 125).

Ciò impose il Consiglio di Stato di rimeditare le proprie posizioni in senso conforme alla Corte regolatrice affermando la praticabilità dell'ottemperanza solo in relazione alle sentenze passate in giudicato, dichiarando inammissibili i ricorsi per l'esecuzione proposti in relazione a sentenze dei TAR provvisoriamente esecutive (Cons. Stato, A.P., 23 marzo 1979, n. 12, in *Cons. Stato*, 1979, I, 321; Id., A.P., 10 aprile 1980, n. 10, in *Cons. Stato*, 1980, I, 411; Id., A.P., 19 maggio 1997, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 1352; Id., Sez. IV, 17 aprile 1990, n. 287).

La questione dell'allargamento dei confini oggettivi dell'ottemperanza si è poi progressivamente spostata alla fruibilità del rimedio in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive pronunciate dai T.A.R. nonché alle ordinanze cautelari.

Sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur non etichettando il rimedio come ottemperanza ("il contenuto decisivo dell'ordinanza cautelare non acquista mai quell'efficacia definitiva che, in ordine al caso deciso, ha il giudicato" sicché il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione di tali ordinanze non risulta esperibile), ha riconosciuto che qualora la mera adozione dell'ordinanza cautelare non soddisfi le esigenze di

3. *La natura giuridica del giudizio di ottemperanza: un caso di giurisdizione di merito da valutare differenziando le sentenze dell'A.G.O. da quelle del G.A.*

L'esecuzione del giudicato (16), specie se afferente l'esercizio di poteri amministrativi, pone il problema di conciliare il principio di separazione dei poteri giudiziario ed esecutivo con quello di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale alle legittime pretese dei privati.

tutela del ricorrente, a seguito di nuovo ricorso dell'interessato proposto secondo le regole ordinarie, lo stesso giudice pronunciato sulla sospensiva possa adottare tutti gli atti, di natura costitutiva o dichiarativa di obblighi a carico della P.A., che siano idonei ad assicurare l'effettività della tutela cautelare (Cons. Stato, A.P., 30 aprile 1982, n. 6, in *Foro Amm.*, 1982, I, 626; Id., 11 dicembre 1982, n. 12, in *Foro Amm.*, 1982, I, 1212). Lo strumento tecnico per rimediare all'inerzia o l'elusione dell'ordinanza cautelare, pertanto, secondo la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2000, non era il ricorso per ottemperanza *ex art. 27*, n. 4., R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, ma un nuovo ricorso in sede cautelare (*inter plures* Cons. Stato, Sez. VI, 2 giugno 1987, n. 350, in *Cons. Stato*, 1987, I, 885) nell'ambito del quale il G.A. avrebbe potuto, con i più ampi poteri sostitutivi di merito, identificare le attività specifiche da compiersi (o compierle direttamente) oppure nominare un commissario *ad acta* che si sostituisca all'Amministrazione in caso di ulteriore inadempienza (così C. cost., 8 settembre 1995, n. 419), con la sola limitazione temporale delle misure adottate (Cons. Stato, A.P., 30 aprile 1982, n. 6). I frutti della descritta evoluzione giurisprudenziale, che, peraltro, si arricchivano della conquista della "sospensibilità" degli atti negativi (Cons. Stato, A.P., 8 ottobre 1982, n. 17), sono stati da ultimo positivizzati dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha previsto la possibilità di ottenere che il T.A.R. adotti le opportune disposizioni attuative delle misure cautelari concesse nell'esercizio dei pieni poteri tipici del giudice dell'ottemperanza (in talune ipotesi è stato addirittura utilizzato lo strumento del decreto presidenziale – T.A.R. Lazio, Sez. II *ter*, Decr. Pres. 15 marzo 2001, n. 1828).

Circa la questione dell'esperibilità dell'ottemperanza in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive dei T.A.R. il Giudice delle Leggi, confermando l'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 23 marzo 1979, n. 12 e Id., A.P., 1° aprile 1980, n. 10), con sentenza del 12 dicembre 1998, n. 406, ha dichiarato che l'imposizione del più alto grado di certezza derivante dal giudicato per accedere alla tutela esecutiva dell'ottemperanza costituisce esercizio non irragionevole della discrezionalità legislativa attese "*le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo (esteso al merito) con potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri dell'esecuzione nel processo civile*". Dopo il chiaro *decisum* del Giudice delle leggi solo una specifica modifica legislativa avrebbe potuto estendere il rimedio alle sentenze provvisoriamente esecutive dei T.A.R. non sospese dal Consiglio di Stato. Il Legislatore, nel quadro della riforma del processo amministrativo, recependo un orientamento innovativo della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 1999, n. 767) che estendeva alle sentenze di primo grado la soluzione già raggiunta per l'esecuzione delle ordinanze cautelari, ha previsto la possibilità di adire nuovamente il T.A.R. per ottenere i provvedimenti idonei ad assicurare l'esecuzione provvisoria della sentenza (art. 10, 1° co., legge 21 luglio 2000, n. 205).

(16) L'esistenza di una sentenza passata in giudicato unitamente alla previa notifica di una diffida e alla presenza di un inadempimento oppure di un atto violativo od elusivo del giudicato è tra i presupposti di ammissibilità del giudizio di ottemperanza.

Il Legislatore, come già succintamente evidenziato, ha assicurato il raggiungimento di quest'ultimo obiettivo introducendo lo strumento dell'ottemperanza che, attribuendo al giudice amministrativo i poteri sostitutivi tipici della giurisdizione di merito, si presenta molto invasivo nei confronti dell'Amministrazione di qui si può comprendere la ragione dei numerosi conflitti di attribuzione sollevati dinanzi alla Corte costituzionale. Difatti, come riconosciuto dalla stessa Adunanza Plenaria (17) il potere del G.A. di adottare direttamente gli atti, i provvedimenti e le misure necessari per il soddisfacimento del ricorrente oppure di indicarli all'Amministrazione assegnandole un termine a provvedere, o ancora, nell'ipotesi di ulteriore inottemperanza, di nominare (o di indicare un soggetto che a sua volta

Tuttavia, nell'ipotesi di giudicato formatosi solo nel corso del giudizio di ottemperanza, la giurisprudenza amministrativa più recente, riconoscendo rilevanza al fatto costitutivo sopravvenuto per soddisfare esigenze di economia processuale (Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2004, n. 6673; Id., Sez. VI, 24 settembre 2004, n. 6261; Id., Sez. V, 2 settembre 2002, n. 4394; Id., Sez. IV, 2 dicembre 1999, n. 2049), sembra aver superato l'orientamento tradizionale che, per converso, dichiarava comunque l'inammissibilità del ricorso per carenza originaria di un presupposto processuale (Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 1996, n. 370; Id., Sez. V, 11 gennaio 1991, n. 15; Id., Sez. V, 29 aprile 1985, n. 208).

Con particolare riferimento agli effetti prodotti dal giudicato amministrativo di accoglimento dell'azione di annullamento si è oramai consolidato l'insegnamento dettato dalla Plenaria nella decisione 22 dicembre 1982, n. 19, secondo cui esso produrrebbe accanto all'effetto caducatorio (eliminazione retroattiva dell'atto impugnato) e all'effetto ripristinatorio (restaurazione dello *status quo* antecedente all'adozione dell'atto annullato) anche l'*effetto ordinatorio o conformativo* ("questo effetto, in particolare si rivolge nei confronti dell'Amministrazione parte del giudizio, affinché questa conformi la propria azione amministrativa al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto alle disposizioni dettate dal giudicato, quasi *reductio ad iustum*, secondo i criteri di legittimazione al provvedimento, di legalità e di corretto esercizio del potere precettivamente indicati nella sentenza").

Nel caso di *giudicato parziale* è stato, altresì, ritenuto (Cons. Stato, A.P., 3 dicembre 1982, n. 18) che quest'ultimo produce sul piano processuale effetti preclusivi della cognizione del giudice di secondo grado (consentendogli l'esame dei soli motivi di legittimità dell'atto devoluti con l'impugnazione parziale della sentenza di primo grado) unitamente ad effetti sostanziali concorrenti con pari autorità con quelli della decisione di appello ai fini della costituzione dei vincoli posti all'ulteriore azione amministrativa, con la conseguenza che l'Amministrazione potrebbe procedere all'esecuzione dei capi definitivi della decisione di primo grado pur in pendenza dell'appello contro le restanti disposizioni della stessa sentenza. Tuttavia, gli atti di ottemperanza emanati in via prodromica in pendenza della definizione delle ulteriori questioni controverse sarebbero necessariamente subordinati, quanto ai presupposti della rinnovazione degli atti annullati, alla compatibilità con il contenuto della decisione d'appello che eventualmente riformi i capi impugnati della sentenza del TAR in considerazione degli effetti espansivi esterni che la riforma produce sugli atti e provvedimenti dipendenti (art. 336 c.p.c.) in via automatica e senza che occorra esperire una specifica impugnazione.

Per l'ammissibilità in relazione al giudicato parziale Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1 e Id., A.P., 4 luglio 1978, n. 23.

(17) Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23.

nomini) un commissario *ad acta* che si sostituisca all'Amministrazione (18), comporta che “*l'attività sostitutiva del giudice nel procedimento di ottemperanza*”, pur essendo quest'ultimo un “*procedimento giurisdiziona-*

(18) Sul punto Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1.

La varietà degli strumenti utilizzabili dal giudice dell'ottemperanza esercitando i propri poteri sostitutivi di merito e, in particolare, la possibilità di nominare un commissario *ad acta* (figura introdotta dalla giurisprudenza amministrativa, in carenza di previsioni normative specifiche, sulla falsariga del modello di controllo sostitutivo, facendo leva sull'ampiezza dei propri poteri decisorii) ha trovato un'importante conferma in una celebre pronuncia della Corte costituzionale che, ratificando l'interpretazione della Plenaria, ha confermato la natura giurisdizionale dell'attività esecutiva del giudice dell'ottemperanza (“*il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissato e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale (“decide pronunciando anche in merito”, come si esprime l'art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato “in sede giurisdizionale”). Né fa differenza, sotto questo aspetto, quanto all'ipotesi ora da ultimo prospettata, che la nomina del commissario sia operata dal giudice amministrativo direttamente, ovvero attraverso l'interposizione di un organo amministrativo (come nella specie che forma oggetto del presente giudizio), poiché in tal caso a quest'ultimo viene semplicemente demandata la scelta della persona, e non già conferito il potere di agire in via sostitutiva per mezzo di un “suo” commissario, come si verifica invece quando sia l'organo di controllo, di propria iniziativa, ad inviare un commissario *ad acta* presso amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza. Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga all'organo di controllo, ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicitare nell'ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità.” C. cost. 12 maggio 1977, n. 75), dando la stura alla definitiva configurazione del commissario *ad acta* come organo ausiliario del G.A. (Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23; Id., Sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1871; Id., Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; Id., Sez. V, 7 ottobre 1996, n. 1202; Id., Sez. VI, 20 febbraio 1990, n. 274; Id., Sez. IV, 24 gennaio 1985, n. 25; Id., Sez. V, 27 marzo 1981, n. 97) cui seguono i corollari: 1) dell'impugnabilità degli atti di quest'ultimo direttamente al giudice dell'ottemperanza (“*la verifica della corrispondenza dell'operato del commissario ad acta al giudicato va richiesta attraverso un nuovo ricorso per l'esecuzione del giudicato*” Cons. Stato, A.P., 26 agosto 1991, n. 5 – in precedenza la Plenaria aveva similmente ritenuto che gli atti del commissario non fossero impugnabili nelle forme ordinarie ma soggetti al “*costante controllo del giudice di ottemperanza*” da attivare con le forme del rito di cui all'art. 27, n. 4, R.D. 1054/1924 [Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23]; conformi Id., Sez.*

le” (sia pure “*sui generis*” in quanto “*si proietta nella fase di realizzazione positiva e pratica della sentenza da eseguire*”), sia “*oggettivamente la stessa che avrebbe potuto e dovuto compiere l’Amministrazione*” venendosi ad inserire “*nel sistema organizzativo e funzionale dell’Amministrazione con un’intrinsecità che può essere ancora maggiore degli atti che il giudice amministrativo può emanare negli altri casi in cui ha giurisdizione di merito*” atteso che “*lo sbocco di tale procedimento è conclusivo e operativo, portando addirittura all’inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo (emessa da lui direttamente o dal commissario ad acta*

VI, 14 gennaio 2003, n. 110; ID., Sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6835; ID., Sez. I, 16 dicembre 1998, n. 839; ID., Sez. 28 febbraio 1995, n. 298; ID., Sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 153; ID., Sez. V, 27 marzo 1992, n. 259; ID., Sez. VI, 12 novembre 1990, n. 963; ID., Sez. VI, 20 maggio 1987, n. 297) a meno che non si tratti, secondo un certo orientamento giurisprudenziale ampiamente sostenuto in passato e che oggi sembra recessivo in considerazione del grave inconveniente pratico derivante dalla difficoltà di dover distinguere i due diversi ordini di situazioni (così TRAVI A., *L’esecuzione della sentenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale)*, Tomo V (*Il processo amministrativo*), 2003, 4650), di atti del commissario non meramente esecutivi ma autonomi ed ulteriori (per Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2004, n. 8275; ID., Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; ID., Sez. V, 15 marzo 1991, n. 262; ID., Sez. V, 15 gennaio 1990, n. 49; ID., Sez. V, 27 novembre 1989, n. 771; ID., Sez. VI, 24 marzo 1988, n. 353; ID., Sez. V, 11 luglio 1985, n. 259; Cons. giust. amm., 11 febbraio 1986, n. 13; ID., 31 maggio 1984, n. 61 si dovrebbe proporre ricorso ordinario in sede di giurisdizione generale di legittimità) oppure, secondo un certo orientamento dottrinale e giurisprudenziale, dell’impugnazione da parte di un terzo rimasto estraneo al processo conclusosi con il giudicato (anche qui per Cons. Stato, Sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6835; ID., Sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1999; CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 2003, 1012, si dovrebbe proporre ricorso ordinario in sede di giurisdizione generale di legittimità), 2) dell’applicazione analogica della disciplina relativa al compenso dei consulenti tecnici (Cons. Stato, Sez. VI, 1° ottobre 1999, n. 1297; ID., Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2957) nonché 3) dell’impossibilità per l’Amministrazione di annullarli in sede di autotutela (Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332; ID., Sez. IV, 10 giugno 1999, n. 993; ID., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298; Cons. giust. amm., 11 ottobre 1999, n. 422; secondo Vincenzo Caianiello l’atto di annullamento dell’Amministrazione sarebbe inesistente per straripamento di potere [*Op. cit.*, 1010-1011]; la P.A. sarebbe, tuttavia, legittimata ad impugnarli Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1952; ID., Sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5647; ID., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332).

Secondo le ricostruzioni minoritarie oramai recessive, per converso, il commissario *ad acta* dell’ottemperanza sarebbe un organo straordinario dell’amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 1990, n. 70; ID., Sez. VI, 2 ottobre 1980, n. 892) oppure un organo misto, ausiliario del giudice per alcuni aspetti e dell’amministrazione per altri (Cons. giust. amm., 21 dicembre 1982, n. 92).

Il commissario *ad acta* nominato dal giudice dell’ottemperanza si differenzia da quello previsto dall’art. 21-*bis* della legge T.A.R. nell’ambito della speciale procedura di impugnazione del silenzio dell’Amministrazione, atteso che qui, mancando il rinvio alla disciplina del rito di cui all’art. 27, n. 4 T.U.C.D.S., si assiste ad una c.d. “ottemperanza anomala o speciale” cui si accede a prescindere dal passaggio in giudicato e, soprattutto, si ammette l’intervento del commissario nell’ambito del medesimo processo, senza bisogno di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l’illegittimi-

da lui appositamente nominato) nelle linee funzionali di svolgimento dell'azione amministrativa" (19).

Successivamente la Plenaria ha reiteratamente confermato il proprio precedente orientamento ribadendo che *"in sede di ottemperanza il giudice adito esplica, sotto forme giurisdizionali, una attività di natura in effetti amministrativa, giacché l'oggetto del suo giudizio sta non nella risoluzione di una controversia bensì nel compimento – diretto o a mezzo di commissario ad acta appositamente nominato – di attività sostitutiva dell'Amministrazione"* (20).

Come in precedenza rilevato l'Amministrazione è tenuta a conformarsi alle decisioni della magistratura. Quest'obbligo sussiste indipendentemente dalla fruibilità del rimedio dell'ottemperanza (21) in quanto *"non vi è coin-*

tà del silenzio. Per tali ragioni è stato di recente ritenuto che questo commissario non sia un ausiliario del giudice ma un *organo straordinario dell'Amministrazione* che *"viene a disporre di uno spazio di libertà sicuramente sconosciuto all'analoga figura nominata in sede di esecuzione al giudicato"* in quanto *"non vi è, infatti, una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma un semplice atto di nomina, con cui il giudice non dice all'amministrazione come deve provvedere, ma demanda tutto all'organo amministrativo straordinario che è il commissario"* (Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602).

Circa i poteri spettanti al commissario *ad acta* nominato dal giudice dell'ottemperanza, di recente quest'ultimo è stato ritenuto legittimato a stipulare un atto di transazione con il ricorrente con la conseguente inammissibilità del giudizio (Cons. giust. amm. 2 marzo 2007, n. 141; sotto il profilo strettamente processuale giova rilevare che la pronuncia di rito avrebbe dovuto essere non di inammissibilità ma di improcedibilità, atteso che la carenza di interesse non era originaria ma sopravvenuta nel corso del giudizio; peraltro, neanche una pronuncia di cessazione della materia del contendere sarebbe stata corretta in quanto nella transazione il requisito dell'*aliquid datum – aliquid retentum* esclude ontologicamente l'integrale soddisfacimento delle ragioni del ricorrente).

(19) Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1.

(20) Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 1980, n. 2.

L'anno prima la stessa Plenaria aveva sancito l'inammissibilità dei ricorsi per ottemperanza di decisioni del G.A. non passate in giudicato formale (art. 324 c.p.c) in considerazione del fatto che l'attivazione dei poteri della giurisdizione di merito che può condurre *"all'inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo nelle linee funzionali di svolgimento dell'azione amministrativa"* richiede il *"raggiungimento del massimo grado di certezza (formazione della "res giudicata")"*. Quest'orientamento, ribadito dalla stessa Plenaria con la decisione 1° aprile 1980, n. 1, verrà, poi, recepito dalla Corte costituzionale nelle pronunce dichiarative della legittimità costituzionale delle disposizioni che non consentivano di avvalersi dell'ottemperanza in relazione alle pronunce provvisoriamente esecutive dei TAR (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406) come pure di quelle che ne escludevano la fruibilità in riferimento alle sentenze provvisoriamente esecutive dell'A.G.O. (C. cost., 25 marzo 2005, n. 122 e Id., 8 febbraio 2006, n. 44).

(21) Già prima dell'introduzione del giudizio di ottemperanza da parte della legge Crispi l'orientamento prevalente affermava l'esistenza di un obbligo di conformazione alle decisioni dell'A.G.O.

Analogamente un obbligo similare è stato ritenuto sussistere in capo all'Amministrazione in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive dei TAR e alle ordinanze cautelari anche prima dell'introduzione delle modifiche della legge T.A.R. a cura della legge 205/00 che hanno esteso il rimedio a queste ipotesi.

cidenza tra l'ambito della esecutività delle decisioni e quello del giudizio d'ottemperanza" (22). Il principio può essere considerato ancora valido, pur se, a seguito della riforma del 2000 (23), il segnalato disallineamento – che resta per le sentenze dell'A.G.O. – è venuto meno in relazione a quelle provvisoriamente esecutive e alle ordinanze cautelari dei TAR (non sospese in appello), atteso che è ancora vivo il dibattito sui nuovi rimedi introdotti se essi costituiscano un autentico giudizio di ottemperanza, oppure se si tratti di un *“suo surrogato nel quale il giudice disporrebbe appunto di quei poteri senza che ci sia un normale ricorso per l'ottemperanza”* (24).

Quasi a sancirlo icasticamente sin dal 1907 (momento storico in cui non era ancora stato affermato il principio della possibilità di ottemperare le decisioni del G.A. essendo lo strumento ancora limitato a quelle dell'A.G.O.) fu previsto che tutte le decisioni del G.A. avrebbero dovuto contenere nel dispositivo, a pena di nullità, l'ordine all'Autorità amministrativa di compiere tutte le attività esecutive necessarie per conformarsi al *decisum* (art. 65, 1° co., n. 5, R.D. 17 agosto 1907, n. 642).

In linea generale, peraltro, l'ordinamento prevede il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui all'art. 388 c.p. che, per la verità, appare difficilmente configurabile in relazione alle condotte di mera inottemperanza non dolosa della P.A. (25).

L'obbligo di conformazione alle decisioni della magistratura si concreta innanzitutto nel divieto di adottare lo stesso provvedimento inficiato dai vizi

(22) Cons. Stato, A.P., 23 marzo 1979, n. 12.

In termini Cons. Stato, A.P., 2 giugno 1983, n. 15, secondo cui *“poiché col ricorso per l'esecuzione del giudicato si chiede al Consiglio di Stato che la P.A. operi in modo da rendere la situazione di fatto conforme a quella di diritto sancita da un giudicato, il suo presupposto è una sentenza passata in giudicato, non già l'espressa comminatoria di esecuzione forzata che inerisce specificamente alle sentenze di condanna”* (l'Adunanza Plenaria si allineò, in questo modo, alla giurisprudenza della Suprema Corte che aveva in più occasioni sancito la necessità della formazione del giudicato – Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 1970, n. 1563, in *Foro It.*, 1970, 2349; Id., Sez. Un., 5 novembre 1973, n. 2863, in *Foro Amm.*, 1974, I, 1, 188; Id., Sez. Un. 7 novembre 1973, n. 2897, in *Cons. Stato*, 1974, II, 125 – ribaltando l'orientamento originario del Consiglio di Stato che aveva ritenuto ammissibile l'ottemperanza nei confronti delle proprie decisioni impugnate con ricorso per cassazione o revocazione – Cons. Stato, A.P., 21 marzo 1969, n. 10, in *Foro Amm.*, 1969, 171, e Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901; Id., Sez. IV., 15 maggio 1973, n. 564).

La posizione espressa dalla Plenaria nel 1979 e nel 1983 è stata confermata dalla Corte costituzionale nelle decisioni in cui ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale della disciplina del rito dell'ottemperanza nella parte in cui non estendevano il rimedio alle sentenze provvisoriamente esecutive del G.A. (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406) e dell'A.G.O. (C. cost., 15 marzo 2005, n. 122; Id., 8 febbraio 2006, n. 44).

(23) Art. 3, 1° co., e 10, 1° co., della legge 21 luglio 2000, n. 205.

(24) ROMANO A., *Art. 33, l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 964.

(25) Sui tratti morfologici della fattispecie penale incriminatrice, da ultimo, Cass. pen. Sez. un., 5 ottobre 2007, n. 36692.

accertati dal giudice (c.d. effetto preclusivo) (26), pur se in caso di annullamento per vizi formali o di motivazione è ritenuto legittimo il nuovo provvedimento di contenuto sostanzialmente identico a quello caducato purché lo stesso sia stato emendato dai vizi riscontrati (27).

Accanto al descritto effetto preclusivo, il giudicato produce, altresì, un effetto ripristinatorio e conformativo (28). Per esempio, a seguito di un annullamento di un atto espropriativo (interesse oppositivo) l'Amministrazione è tenuta a restituire il bene al privato, mentre in caso di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia tenuta dalla P.A. su un'istanza proposta dal privato (interesse pretensivo) la stessa è tenuta a reconsiderarla in relazione alle linee di indirizzo fornite dal giudice. In questi casi la decisione obbliga la P.A. a porre in essere tutte quelle attività materiali e giuridiche che siano idonee a soddisfare pienamente la pretesa del privato secondo il contenuto precettivo del giudicato (29). Tali effetti non costituiscono prerogativa esclusiva del giudicato

(26) Il principio è *ius receptum (inter plures)* Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 1984, n. 78, in *Cons. Stato*, 984, I, 354).

(27) Il principio in base al quale il giudicato di annullamento per vizi formali dell'atto impugnato non elimina né riduce il potere dell'amministrazione di provvedere di nuovo anche negativamente in ordine all'oggetto dell'atto di annullamento, imponendo solo di esplicitare i motivi posti a fondamento della nuova determinazione sfavorevole è *ius receptum (inter plures)* Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 1998, n. 270; *Id.*, Sez. VI, 3 luglio 1981, n. 375, in *Cons. Stato*, 1981, I, 831).

Con particolare riferimento alla tutela degli interessi pretensivi l'Amministrazione, quindi, ben potrebbe confermare il rigetto dell'istanza del privato per motivazioni nuove mai esternate nel precedente provvedimento e, a seguito di un eventuale nuovo annullamento, reiterare il rigetto fondandolo su ragioni nuove.

Per evitare tali atteggiamenti ostruzionistici e dilatori si è fatto largo nella giurisprudenza amministrativa un orientamento (allo stato isolato) che impone all'Amministrazione in sede di attuazione del giudicato di sollevare tutte le ragioni ostative rilevanti, di guisa che, in caso di illegittimità anche del secondo provvedimento, la P.A. non potrebbe dedurre nuovi motivi a sostegno del diniego, con la conseguenza che il terzo provvedimento potrebbe essere ritenuto emanato in carenza di potere e suscettibile direttamente di ricorso per ottemperanza con attribuzione al G.A. di poteri di merito che gli consentirebbero di assicurare l'effettivo soddisfacimento del privato con il sindacato diretto sulla fondatezza dell'istanza presentata (Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858; *Id.*, Sez. VI, 6 febbraio 1999, n. 134; Cons. giust. amm., 28 gennaio 2002, n. 49). Questa tesi, allo stato minoritaria, sembra essere stata seguita da alcuni T.A.R. (T.A.R. Liguria, Sez. I, 13 maggio 2003, n. 627, in *TAR*, 2003, I, 1007; *Id.*, Sez. I, 21 febbraio 2002, m. 174, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2002, 436; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 27 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. App.*, 2002, 955; T.A.R. Calabria, Sez. II, 7 giugno 2002, n. 1604, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2002, 2184).

(28) Il Consiglio ha chiarito che il giudicato amministrativo ha un contenuto complesso che accanto all'effetto demolitorio e ripristinatorio, entrambi rivolti al passato, comprende l'effetto conformativo che, rivolto al futuro, s'invera nel vincolo posto all'attività amministrativa di riedizione del potere (Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 1994, n. 219).

(29) È stato, difatti, ritenuto che *"l'amministrazione, che a seguito del giudicato, rinnovi le sue determinazioni, deve in primo luogo uniformarsi alle indicazioni rese dal giudi-*

amministrativo, ma conseguono anche al giudice dell'A.G.O. pur se quest'ultimo non può, di regola, contenere statuizioni caducatorie limitandosi i poteri del giudice ordinario alla mera disapplicazione degli atti illegittimi (30).

L'Amministrazione, tuttavia, potrebbe rimanere inerte in tutto o in parte oppure porre in essere un'attività elusiva delle statuizioni della pronuncia giurisdizionale che si presenti formalmente in linea con le medesime ma nella sostanza ne tradisca lo spirito, ovvero anche atti chiaramente violativi dei vincoli puntuali imposti dal giudice.

La decisione che accerti la spettanza di un diritto (giurisdizione dell'A.G.O. o del G.A. in sede esclusiva) oppure l'illegittimo esercizio del potere che abbia pregiudicato un interesse legittimo oppositivo o pretensivo (giurisdizione solitamente del G.A.), con le relative statuizioni, secondo i casi, dichiarative, costitutive o di condanna, deve poter essere messa ad esecuzione dalla parte vittoriosa anche a fronte di tali atti d'inadempimento dell'obbligo di attuare e conformarsi alle decisioni della magistratura incombenente sull'Amministrazione.

L'ambito dei poteri del giudice dell'ottemperanza e i presupposti processuali richiesti per l'ammissibilità del ricorso, tuttavia, differiscono secondo che si chieda l'esecuzione di decisioni dell'A.G.O. o del giudice amministrativo.

In primo luogo, nel caso dell'ottemperanza alle sentenze dell'A.G.O. è richiesto, a pena di inammissibilità, il passaggio in giudice della sentenza che costituisce presupposto di ammissibilità del ricorso ritenuto costituzionalmente ragionevole dalla Consulta (31).

In secondo luogo, il giudice amministrativo, contrariamente a quanto gli è consentito nel caso dell'ottemperanza alle proprie decisioni, non può completare il contenuto eventualmente lacunoso della pronuncia dell'A.G.O. perché in tale ipotesi verrebbe ad incidere su situazioni soggettive estranee all'ambito della propria giurisdizione (32).

Si ritiene, quindi, correttamente, che il giudizio di ottemperanza in relazione alle sentenze dell'A.G.O. abbia natura di stretta esecuzione.

ce e condizionare la propria valutazione ai limiti di rilevanza sostanziale della posizione soggettiva consolidata nella sentenza. In secondo luogo deve diligentemente prendere in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione giudiziale di annullamento, ma anche quegli altri che possano essere comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa: ciò perché la consapevole omissione di alcuni di essi può concretare un atteggiamento comunque elusivo del giudice, finalizzato a differire l'attuazione della decisione nella sua portata sostanziale" (Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328).

(30) Sulla distinzione tra sentenza civile ed amministrativa PATRONI GRIFFI F., *La sentenza amministrativa*, in CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale)*, Tomo V (*Il processo amministrativo*), Milano, 2003, 4457-4489.

(31) C. cost., 25 marzo 2005, n. 122; Id., 8 febbraio 2006, n. 44.

(32) Cons. Stato, A.P., 17 gennaio 1997, n. 1; Id., Sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1190; Id., Sez. IV, 1° marzo 2001, n. 1143; Id., Sez. VI, 6 maggio 1998, n. 663.

Viceversa, nell'ipotesi dell'ottemperanza alle decisioni dello stesso G.A., essendo stato ampiamente riconosciuto (33) che il giudice dell'esecuzione possa integrare la decisione da ottemperare che, anzi, di regola si pre-

(33) Cons. Stato, A.P., 15 marzo 1989, n. 7 (“*il giudizio di ottemperanza risponde all'esigenza di garantire un'azione amministrativa che si conformi alla decisione del giudice amministrativo; questa, se anche non ha i caratteri di puntualità e precisione propri delle pronunce del giudice civile costituenti titolo esecutivo, è un giudicato che vincola pur sempre il successivo comportamento della P.A. Tale peculiarità del giudizio di ottemperanza, che esclude la sua assimilazione al processo di esecuzione disciplinato dal codice di procedura civile, implica la possibilità che nel corso del procedimento previsto dall'art. 27, n. 4 T.U. n. 1054 del 1924 si pervenga ad una interpretazione integrativa del comando contenuto nella sentenza passata in giudicato*”). In termini Cons. Stato, A.P., 8 ottobre 1985, n. 19.

Più recentemente la Plenaria (Cons. Stato, A.P. 17 gennaio 1997, n. 1, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1) ha ribadito il proprio orientamento precisando che l'interpretazione integrativa non è possibile in sede di ottemperanza di decisioni di giudici diversi da quello amministrativo ove la questione involga materia rimessa all'altrui giurisdizione. In linea con la richiamata giurisprudenza tradizionale e prevalente quest'ultima decisione ha, quindi, confermato che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo può adottare 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, ma “*non può esercitare analoghi poteri di integrazione allorché la sentenza da eseguire sia stata adottata da un giudice appartenente a un diverso ordine giurisdizionale e la questione rientri nella giurisdizione di quest'ultimo*”.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato confermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 376).

Il riconosciuto potere integrativo dà luogo, quindi, ad un giudizio di ottemperanza di natura mista (necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione) in cui possono convergere statuizioni decisorie di natura meramente esecutiva con altre di cognizione dando luogo, in relazione a queste ultime, a quello che è stato icasticamente definito il “giudicato a formazione progressiva” (etichetta utilizzata, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, che recepisce pienamente l'elaborazione di Nigro specie laddove fondandosi sul presupposto che “*la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita, elastica, incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza completare*” e che “*il giudice amministrativo – diversamente da quanto accade in caso di sentenze rese dal giudice di un altro ordine – ha il potere di integrare il giudicato, nel quadro degli ampi poteri, tipici della giurisdizione estesa al merito*”, afferma l'esistenza del “*giudicato a formazione progressiva*”).

Facendo leva sui poteri integrativi del giudice dell'ottemperanza si è ammessa la possibilità di proporre un'azione restitutoria volta a condannare l'Amministrazione a porre in essere un *facere* specifico in esecuzione del giudicato di annullamento (Cons. Stato, A.P., 29 aprile 2005, n. 2).

Nonostante i menzionati poteri di integrazione, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa ha, per converso, correttamente escluso l'esperibilità di un'azione risarcitoria per equivalente per la prima volta in sede di ottemperanza, rilevando la necessità di un sindacato giurisdizionale ad istruttoria completa, articolato sul doppio grado di giudizio ed improntato al rispetto del principio del contraddittorio, in merito alla ricorrenza degli elementi costitutivi dell'illecito (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; *Id.*, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080; Sez. V, 7 aprile 2004, n. 1980; *Id.*, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332; *Id.*, Sez. IV, 8 ottobre 2001, n. 5312; *Id.*, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; *Id.*, Sez.

senta lacunosa (34), si è affermato che il giudizio abbia natura mista (necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione) (35).

Difatti, a differenza delle sentenze dell'A.G.O., dalle decisioni del G.A., afferendo queste ultime più strettamente all'esercizio del potere funzionale spettante alla P.A., nasce solo un obbligo di conformazione ed ottemperanza non potendo il G.A. imporre all'Amministrazione di tenere una certa attività. Residua sempre, quindi, in capo all'Amministrazione un certo margine di libertà decisionale nell'attuazione del *decisum* che è tanto più ampio quanto maggiore è il potere discrezionale riconosciuto dalla norma attributiva del potere. Allo stesso modo in caso di annullamento per soli vizi formali l'Amministrazione ben potrà adottare un provvedimento del medesimo contenuto sostanziale che sia immune dai vizi riscontrati in sede giurisdizionale.

Le decisioni del G.A., specie ai fini dell'esecuzione, si differenziano rispetto a quelle dell'A.G.O. caratterizzandosi per la maggiore importanza sostanziale della motivazione rispetto al dispositivo. Difatti, l'Amministrazione per comprendere come orientare la propria (doverosa) attività di conformazione dovrà andare a interpretare e valutare la motivazione della decisione alla luce delle censure articolate nei motivi di ricorso e accolte dal giudice amministrativo.

1° febbraio 2001, n. 396), con l'eccezione dei danni derivanti dalla violazione del giudicato maturatisi dopo l'annullamento (Cons. Stato, Sez. Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080; ID., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820; ID., Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861). La posizione contraria, attualmente minoritaria, inaugurata da una decisione del T.A.R. Campania, Napoli (Sez. I, 19 settembre 2001, n. 4485), è stata sostenuta dalle Sezioni quarta e quinta del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1077 e ID., Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290) e persino da una contestatissima pronuncia delle Sezioni Unite [Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2006, n. 1207 – per l'analisi del forte attrito determinato da questa sentenza con la Plenaria (Cons. Stato, A.P., 26 agosto, 1991, n. 5; ID., A.P., 29 aprile 2005, n. 2 e ID., 16 novembre 2005, n. 9) anche in relazione alla questione pregiudiziale di giurisdizione relativa all'azione risarcitoria autonoma sia consentito rinviare a Fava P., *Premessa*, in FAVA P., GIULIANO P., SORANO F., *La tutela delle proprietà e degli altri diritti reali*, Maggioli, 2006, 86-97].

(34) Per Nigro “*la regola posta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata. Spetta al giudice dell'ottemperanza: rendere esplicita la regola, traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze. Ora, se per ciò che riguarda la prima operazione, si può ritenere trattarsi di mera interpretazione del giudicato, funzione la quale, per quanto complessa essa sia, è sempre di competenza del giudice dell'esecuzione, negli altri casi il giudice dell'ottemperanza sicuramente concorre (applicando gli ordini concettuali richiamati) ad identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto: è quindi, attività di cognizione, pur se la cognizione è compiuta in funzione immediata della sua traduzione in realtà pratica e contestualmente con questa*” (NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, 4a ed. (a cura di CARDI E. E NIGRO A.), Bologna, Il Mulino, 1994, 318).

(35) NIGRO M., *Op. cit.*, *loc. cit.*

Con la decisione (di cognizione) il G.A. può solo orientare e correggere l'attività amministrativa riportandola nei binari della legittimità. Non può, invece, salvo i casi di giurisdizione di merito, sostituirsi all'Amministrazione dettando la disciplina concreta del rapporto.

Questa peculiarità della decisione amministrativa imposta dalla necessità di evitare sconfinamenti del potere giurisdizionale nella sfera riservata all'Amministrazione, comporta inevitabilmente che il dispositivo potrebbe anche non contenere una regola precisa del rapporto, atteso che dovrà essere l'Amministrazione a porla in essere nel riesercizio dei propri poteri funzionali in linea con le indicazioni del *decisum*.

Ma in caso di inottemperanza dell'Amministrazione, proprio per salvaguardare le ragioni del privato riconoscendogli un rimedio che gli consenta effettivamente di ottenere quell'utilità concreta dallo stesso anelata, la descritta linea di confine tra potere giudiziario e potere amministrativo, posta a tutela di quest'ultimo in relazione all'attività giurisdizionale di cognizione, arretra a vantaggio del primo dei due poteri. L'ottemperanza, difatti, costituisce una delle ipotesi tassative di giurisdizione del G.A. estesa al merito che permette al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio dei poteri funzionali. Peraltro, in caso di lacune dell'ottemperanda decisione il giudice amministrativo ben potrà completare la regola del rapporto pronunciando statuizioni che, pur se adottate in sede di esecuzione, presentano un contenuto sostanzialmente di cognizione.

Per tali ragioni ed in conformità all'orientamento del Consiglio (36), si può ritenere che il giudizio di ottemperanza in relazione alle sentenze del G.A. ha natura mista di cognizione (riferita all'accertamento dell'inadempimento imputabile all'amministrazione ed all'attività determinativa del giudice) e di esecuzione (riferita all'attività di soddisfacimento concreto dell'interesse del ricorrente a livello strettamente esecutivo).

L'estensione dei poteri del giudice dell'ottemperanza, quindi, dipende dal titolo da eseguire (sentenza dell'A.G.O. o del G.A.), dalla tipologia di poteri (discrezionali o vincolati) riconosciuti alla P.A. in relazione alle situazioni soggettive attivate in giudizio (condizionanti il contenuto precettivo del titolo da eseguire), nonché dalla natura dei vizi (formali o sostanziali) accertati dalla decisione (37).

(36) Cons. Stato, A.P., 15 marzo 1989, n. 7; ID., A.P., 8 ottobre 1985, n. 19; ID., A.P. 17 gennaio 1997, n. 1.

(37) Tale anfibieta del giudizio di ottemperanza è stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale che ha segnalato che esso "comprende 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 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

4. Inerzia, violazione ed elusione del giudicato

Al fine di accertare l'effettiva sussistenza e la misura dell'inadempimento (totale, parziale o "mascherato") dell'obbligo della P.A. di conformarsi alle decisioni della magistratura è necessario che il giudice dell'ottemperanza preliminarmente interpreti il titolo da eseguire (38) (che deve essere tra quelli per i quali è ritenuto esperibile il rimedio (39)) per verificare se l'am-

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" (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406).

(38) Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 1996, n. 829; Id. Sez. IV, 24 febbraio 1996, n. 172.

(39) Talune sentenze non sono suscettibili di ottemperanza, che, ove spiegata, va dichiarata inammissibile attesa la carenza originaria di interesse, perché esse già soddisfano pienamente il ricorrente o non presentano un contenuto sostanziale da ottemperare oppure perché, più semplicemente, non rientrano tra i provvedimenti suscettibili di ottemperanza.

Le c.d. sentenze autoesecutive (Cons. Stato, A.P., 4 dicembre 1998, n. 8; Id., Sez. V, 17 marzo 1998, n. 307) sono idonee di per sé a soddisfare compiutamente l'interesse che l'originario ricorrente aveva fatto valere in giudizio e, quindi, non possono formare oggetto di ottemperanza. Ne costituiscono esempio le decisioni di annullamento di atti negativi di controllo (Cons. Stato, A.P., 4 dicembre 1998, n. 8; Id., Sez. V, 17 marzo 1998, n. 307), di annullamento di provvedimenti amministrativi di autotutela demolitoria, quali revoche o annullamenti d'ufficio, che comportano *ex se* la reviviscenza retroattiva del provvedimento oggetto del procedimento di secondo grado (Cons. Giust. Sic., 16 settembre 1998, n. 468) nonché di annullamento di atti sanzionatori che non abbiano prodotto ulteriori conseguenze.

È, altresì, inammissibile l'ottemperanza in relazione alle sentenze meramente processuali che non sono idonee a passare in giudicato (Cons. Stato, A.P., 1° marzo 1984, n. 4; Id. Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5807; Id., Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 947, in *Foro Amm.*, 2000, 497; Id., IV, 18 aprile 1994, n. 338; Id., Sez. IV, 30 novembre 1982, n. 788) e a quelle di rigetto (Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5794; Id., Sez. V, 6 marzo 2000, n. 1142; Id., Sez. V, 15 luglio 1998, n. 1060; Id., Sez. IV, 21 febbraio 1997, n. 305; Id., Sez. IV, 27 maggio 1977, n. 539) perché difettano di statuizioni sostanziali cui conseguano obblighi conformativi (secondo l'orientamento minoritario, per converso, anche questa tipologia di decisioni sarebbe idonea a passare in giudicato e coprirebbe il dedotto e il deducibile – Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1453; Id., Sez. 30 ottobre 2000, n. 5843; Id., Sez. IV, 18 aprile 1994, n. 338).

Secondo l'opinione prevalente l'ottemperanza non è ammissibile per chiedere l'attuazione di un decreto del Presidente della Repubblica che decida un ricorso straordinario, atteso che detto decreto, avendo natura amministrativa, non è equiparabile ad una sentenza e non è idoneo a passare in giudicato. L'orientamento tradizionale è sempre stato di segno negativo (*inter plures* Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 146; Id., Sez. IV, 20 luglio

ministrazione abbia o meno attribuita all'interessato l'utilità concreta e il risultato pratico riconosciuti come dovuti e giusti dall'ottemperanda decisiva (40). Tale attività ermeneutica deve avere ad oggetto la statuizione giudiziale nel suo complesso e, quindi, non solo il dispositivo ma anche la motivazione del *decisum* (41).

1998, n. 1098; Id., sez. IV, 13 agosto 1991, n. 650). Dopo alcuni isolati precedenti favorevoli (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Giur. It.*, 2001, 842 che si ponevano sulla scia della decisione della Corte di giustizia 16 ottobre 1996, causa da C-69/96 a C-79/96 che legittimava il Consiglio in sede di parere su ricorso straordinario a sollevare questioni pregiudiziali comunitarie) la giurisprudenza del Consiglio si è nuovamente attestata su posizioni contrarie (Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2002, 1640) a seguito della chiusura della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, 2447). Giova ricordare, peraltro, che anche il primo tentativo storico di estendere l'ottemperanza ai decreti del Presidente della Repubblica resi in sede decisoria di ricorsi straordinari cadde sotto la scure della Corte regolatrice (le Sezioni Unite con sentenza n. 3141 del 1953 caducarono per difetto di giurisdizione la pronuncia della Sezione sesta del Consiglio di Stato n. 430 del 1951). Da ultimo il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha nuovamente riproposto l'orientamento favorevole alla "ottemperabilità" della decisione del Capo dello Stato (Cons. giust. amm., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2005, 3737, con nota adesiva di F. F. F., *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*).

È, altresì, esclusa l'ammissibilità dell'ottemperanza in relazione alle decisioni intervenute su ricorsi amministrativi (Cons. Stato, Sez. IV, 3 giugno 1987, n. 327).

(40) Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2003, n. 837; Id., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328; Id., Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134.

(41) L'orientamento, che affonda le sue radici in un'antica pronuncia del 1902 (Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 1902, in *Giur. It.*, 1903, III, 213) in cui si sostenne che la portata del giudicato avrebbe dovuto essere valutata in relazione alla statuizione giudiziale nel suo complesso considerando il dispositivo unitamente alla motivazione, è stato successivamente confermato da una celebre decisione dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, A.P., 22 dicembre 1982, n. 19) che ha, altresì, chiarito come sia necessario mantenere un rapporto di coerenza tra motivazione e dispositivo affinché possano essere definiti con certezza gli effetti precettivi del giudicato che dovrebbero, comunque, essere identificati nella correlazione del *petitum* e della *causa petendi* in rapporto al riconoscimento della lesione dell'interesse azionato effettuato dalla sentenza di accertamento dei vizi invalidanti il provvedimento impugnato.

La giurisprudenza amministrativa ha pure precisato che la motivazione è rilevante quando risolve questioni che fanno parte dell'oggetto della controversia, essendo state dibattute tra le parti, o che integrano una premessa necessaria della decisione costituendone presupposto logico indefettibile (Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5292) e che, comunque, devono correlarsi alla *causa petendi* introdotta dal ricorrente (Cons. Stato, Sez. VI, 3 novembre 2003, n. 6817; Id., Sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1041), essendo irrilevanti le considerazioni svolte dal giudicante al solo scopo di offrire un quadro completo della normativa di riferimento e non pertinenti rispetto al *thema decidendum* in quanto meri *obiter dicta* di natura incidentale (Cons. Stato, Sez. IV, 13 maggio 1980, n. 544; Id., Sez. IV, 19 agosto 1994, n. 653; Id., Sez. IV, 16 ottobre 1995, n. 817).

Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 1986, n. 442, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1207.

Circa la situazione soggettiva attivata con l'ottemperanza, secondo un primo orientamento che si fonda sulla lettera dell'art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, la *causa petendi* (o *petitum* sostanziale) avrebbe sempre la consistenza di diritto soggettivo in quanto la disposizione normativa si riferisce esplicitamente all'"obbligo" di conformazione al giudicato cui si correlerebbe un vero e proprio diritto (42). La tesi, peraltro, trova oggi un addentellato normativo nell'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (che ha introdotto l'art. 21 *septies* nella legge 7 agosto 1990, n. 241) che sancisce la giurisdizione esclusiva del G.A. sulle impugnative di atti violativi o elusivi del giudicato, lasciando intendere, quindi, che la pretesa all'attuazione del giudicato costituisce un diritto soggettivo (43).

Un altro orientamento, per converso, afferma che la *causa petendi* si identifica con quella medesima situazione giuridica soggettiva che ha formato oggetto del giudizio esitato con la sentenza ineseguita (44): per l'ottemperanza delle decisioni del G.A. verrebbero in rilievo normalmente interessi legittimi (nella sola giurisdizione esclusiva potrebbero sussistere diritti soggettivi), mentre in relazione a quella delle sentenze dell'A.G.O. sarebbero ordinariamente attivati diritti soggettivi (salvo i casi eccezionali in cui il G.O. conosce anche degli interessi legittimi).

(42) Affermando la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza, il Ferrara qualifica la situazione soggettiva del cittadino come diritto di credito avente ad oggetto una prestazione di fare (FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003).

Abbamonte e Laschena si riferiscono attecnicamente ad un "diritto della parte vittoriosa alla conformazione dell'Amministrazione al contenuto del giudicato amministrativo" rilevando che "spetta al giudice dell'ottemperanza delimitare" tale pretesa "nella sua specificità secondo i motivi accolti, in relazione all'inevitabile divenire della funzione amministrativa" (ABBAMONTE G – LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, CEDAM, 2001, 513).

Anche in giurisprudenza non sono mancate decisioni che hanno richiamato l'esistenza di un vero diritto soggettivo all'osservanza del giudicato (Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 39), o di un autentico diritto di credito all'esecuzione del giudicato (Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239).

(43) Secondo l'interpretazione che va consolidandosi la disposizione non abrogherebbe l'art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, ma concorrerebbe con essa onde migliorare la tutela del privato (TARULLO S., *Esecuzione ed ottemperanza*, in SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, 471; LONGOBARDI N., *La legge n. 15/2005 di riforma della legge 241/1990. Una prima valutazione*, in www.giustamm.it).

In altri termini sarebbe possibile affermare la coesistenza nella medesima controversia della giurisdizione di merito con quella esclusiva non essendo tra loro incompatibili, in quanto si rileva che quest'ultima agisce delimitando le situazioni soggettive conoscibili dal G.A. (diritti soggettivi e interessi legittimi) mentre la prima opera sul diverso livello dell'ambito dei poteri istruttori (possibilità di avvalersi di tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c.) e decisori (di natura sostitutiva ed estesi al merito della controversia).

Il rapporto di incompatibilità, difatti, sussisterebbe, per converso, tra giurisdizione di legittimità ed esclusiva, nonché tra la prima e quella di merito.

(44) TARULLO S., *Esecuzione ed ottemperanza*, in SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, 467.

L'oggetto del giudizio di ottemperanza, alla luce delle richieste del ricorrente (45), consiste nella verifica dell'effettivo adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al comando imposto dal giudice della cognizione, anche attraverso una più puntuale definizione del contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato (46), ferma l'inammissibilità di istanze proposte per la prima volta in ottemperanza (47). Tale verifica è tesa ad accertare se la P.A. abbia o meno attribuito all'interessato quell'utilità concreta che la sentenza abbia riconosciuto come dovuta, a prescindere dal fatto che residuino o meno in capo al soggetto obbligato poteri discrezionali in ordine alle modalità da seguire al riguardo (48). Con il giudizio di ottemperanza, quindi, anche dopo l'adozione di atti esecutivi a contenuto discrezionale, il ricorrente fa valere non già la difformità dell'atto sopravvenuto rispetto alla legge sostanziale (occorrendo esperire in tal caso l'ordinaria azione di annullamento), ma il contrasto specifico dell'atto stesso con l'obbligo di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire

(45) Il ricorrente non deve necessariamente precisare il contenuto dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformazione al giudicato non essendo il giudice vincolato in modo assoluto alle doglianze e alle richieste esternate del ricorso (*"il contenuto dell'obbligo dell'Autorità amministrativa di conformarsi al giudicato e quindi la determinazione degli atti, operazioni e comportamenti che, in conseguenza della sentenza da eseguire, l'Amministrazione è tenuta a porre in essere, non occorre che sia necessariamente precisato dall'interessato, la cui indicazione al riguardo potrebbe anche essere il risultato di una inesatta interpretazione della pronuncia giurisdizionale, ovvero di prospettazione soggettiva, bensì va obiettivamente desunto dalla stessa decisione della quale si lamenta l'inesecuzione"* Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23).

(46) Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2101, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, 1138.

(47) L'orientamento prevalente dichiara pacificamente l'inammissibilità dei ricorsi per ottemperanza nella parte in cui deducono pretese nuove ed ulteriori rispetto a quelle contenute nella sentenza da eseguire e su cui si è formato il giudicato, dovendosi procedere in tali ipotesi con un ordinario ricorso di legittimità (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, 1201; Id., Sez. IV, 20 aprile 2006, n. 2240, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, 1154; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2003, n. 8217; Id., Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6198; Id., Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4449; Id., Sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3006; Id., Sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2007).

(48) Così Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934.

(49) Così Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2004, n. 501; Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; Id., Sez. IV, 22 aprile 1999, n. 694; Id., Sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; Id., Sez. IV, 26 giugno 1998, n. 992; Id. 1° aprile 1996, n. 328; Sez. V, 27 maggio 1991, n. 874. Secondo questo orientamento l'ammissibilità del ricorso di ottemperanza non dipenderebbe dalla ricorrenza di un atto violativo o elusivo del giudicato, ma sarebbe sufficiente la mera deduzione del ricorrente circa la difformità specifica dell'atto rispetto all'obbligo derivante dal giudicato di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire. Al di là delle formule utilizzate, la tesi sembra pervenire sostanzialmente ai medesimi risultati applicativi dell'orientamento maggioritario che distingue tra atti violativi ed elusivi, caratterizzandosi esclusivamente per il minor onere imposto al giudicante e, quindi, al ricorrente che non dovrà andare a qualificare puntualmente la natura dell'atto di inottemperanza (se cioè esso ricada nel *genus* degli atti violativi oppure nella categoria di quelli elusivi).

(49).

In ogni caso ai fini dell'ammissibilità del ricorso per ottemperanza è necessario che il ricorrente alleggi una fattispecie di inerzia, violazione od elusione (50) di una decisione della magistratura.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il rimedio è esperibile non solo nelle situazioni di inerzia assoluta o di rifiuto espresso (51), ma anche nelle ipotesi di adempimento parziale (52) dell'obbligo di attuazione del giudicato e in quelle in cui gli atti posti in essere successivamente dall'amministrazione abbiano carattere violativo od elusivo del giudicato.

La definizione del concetto di atto violativo od elusivo del giudicato è stata al centro di un vivo dibattito giurisprudenziale.

È prevalso l'orientamento che distingue l'ipotesi in cui il giudicato abbia specificamente individuato l'attività provvedimentale da compiersi da parte dell'Amministrazione (giudicato con vincolo puntuale cui si correlerebbe un residuo potere vincolato dell'Amministrazione) da quella in cui esso contenga solo un vincolo di contenuto generico che lasci un ampio margine di valu-

(50) Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 1991, n. 469.

(51) Giurisprudenza oramai consolidata (Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1952; Id., Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4444, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2003, 2211; Id., Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 357; Id., Sez. IV, 13 luglio 1982, n. 463, in *Cons. Stato*, 1982, I, 824; Id., Sez. V, 24 ottobre 1980, n. 875, in *Cons. Stato*, 1980, I, 1358; Id. 27 febbraio 1979, 157, in *Cons. Stato*, 1979, I, 178; Id., Sez. IV, 6 marzo 1979, 179, in *Cons. Stato*, 1979, I, 338; Id., Sez. V, 27 gennaio 1978, n. 103, in *Cons. Stato*, 1978, I, 72).

L'ammissibilità dell'ottemperanza in caso di adempimento parziale era stata riconosciuta anche da due decisioni dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1; Id., A.P., 4 luglio 1978, n. 23) che avevano recepito un precedente orientamento della Quinta Sezione (Cons. Stato, Sez. V., 28 luglio 1972, n. 587).

(52) *“Al fine della esperibilità del giudizio di ottemperanza, gli atti emanati dalla amministrazione dopo l'annullamento giurisdizionale possono considerarsi emessi in violazione del giudicato solo allorché da questo derivi un obbligo talmente puntuale che la sua esecuzione si concreti nell'adozione di un atto il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza, mentre di fronte al giudicato che imponga un semplice vincolo alla successiva attività discrezionale dell'amministrazione, gli atti eventualmente emanati da questa sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati nella sentenza, in quanto in tale evenienza è configurabile un solo vizio di legittimità, a meno che l'esplicazione della residua potestà discrezionale venga posta in essere senza alcuna considerazione della statuizioni contenute nella sentenza, sì da risultare, in modo concludente, prede-terminata ad eludere la sentenza”* (Cons. Stato, Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334).

(53) *“Al fine della esperibilità del giudizio di ottemperanza, gli atti emanati dalla amministrazione dopo l'annullamento giurisdizionale possono considerarsi emessi in violazione del giudicato solo allorché da questo derivi un obbligo talmente puntuale che la sua esecuzione si concreti nell'adozione di un atto il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza, mentre di fronte al giudicato che imponga un semplice vincolo alla successiva attività discrezionale dell'amministrazione, gli atti eventualmente emanati da questa sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati nella sentenza, in quanto in tale evenienza è configurabile un solo vizio di legittimità, a meno che l'esplicazione della residua potestà discrezionale venga posta in essere senza alcuna conside-*

tazione discrezionale alla P.A. (53).

Nel primo caso (giudicato puntuale), in considerazione del potere vincolato che residuerebbe all'Amministrazione, sarebbe agevole accertare se l'atto formalmente adempitivo abbia o meno violato il *decisum* e conseguentemente si ritiene ammissibile il ricorso per ottemperanza (54).

La seconda ipotesi (giudicato generico), invece, ricadrebbe, di regola, nell'ordinario regime di impugnazione (55) in quanto la vaghezza e le lacune della decisione giurisdizionale non consentirebbero di affermare che l'atto dell'Amministrazione costituisca una chiara violazione dell'obbligo di attuare il giudicato atteso che quest'ultimo non impone un comportamento specifico ma, meno restrittivamente, solo un vincolo generico al successivo riesercizio del potere che resta connotato da un'ampia discrezionalità. In questo caso, tuttavia, ferma l'inconfigurabilità di atti *stricto sensu* violativi del giudicato sarebbe possibile allegare l'esistenza di una fattispecie elusiva posta in essere dall'Amministrazione. Il ricorrente in ottemperanza, difatti, dovrebbe dimostrare che l'esplicazione dei (residui) poteri discrezionali sia intervenuta senza alcuna considerazione delle statuizioni della sentenza

razione della statuizioni contenute nella sentenza, sì da risultare, in modo concludente, prede-terminata ad eludere la sentenza" (Cons. Stato, Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334).

(54) In relazione alla violazione del giudicato puntuale la cui ottemperanza si concreta nell'adozione di un atto il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza in relazione al *thema decidendum* introdotto nel giudizio dalle parti la Plenaria è intervenuta a più riprese.

Con una prima decisione si è rilevato che nell'ipotesi in cui dal giudicato derivi un "*obbligo talmente puntuale da non lasciare spazio alcuno all'esercizio di poteri dell'Amministrazione [...] l'ottemperanza al giudicato si concreta nell'adozione di un atto, il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza, onde deve ritenersi che l'Amministrazione sia carente del potere di provvedere diversamente e che eventuali atti difformi dal giudicato possano essere dichiarati nulli, indipendentemente da una impugnazione nel termine di decadenza. Inoltre è giustificabile, alla luce dei principi costituzionali, la deroga alla regola del doppio grado, giacché l'adozione di atti nulli può essere equiparata ad un contegno puramente omissivo dell'Amministrazione, il cui accertamento non richiede necessariamente le forme e le garanzie di un ordinario giudizio di cognizione"* (Cons. Stato, A.P., 19 marzo 1984, n. 6).

Successivamente la Plenaria ha ribadito il proprio precedente orientamento ("*È stato costantemente affermato che qualora dalla esecuzione di un giudicato derivi all'Amministrazione non già un semplice vincolo all'attività discrezionale, ma un obbligo puntuale che non lascia spazio alcuno all'esercizio dei suoi poteri, essa è carente del potere di provvedere diversamente, e l'ottemperanza si concreta nell'adozione di un atto il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza in relazione al thema decidendum introdotto nel giudizio dalle parti"*) Cons. Stato, A.P., 8 aprile 1995, n. 7).

(55) Affermano la necessità di procedere con l'impugnazione ordinaria nel termine di decadenza in relazione ad atti successivi ad un giudicato che imponga un mero vincolo conformativo con residui poteri discrezionali attuativi in capo all'Amministrazione a meno che l'atto non sia qualificabile elusivo Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; Id., Sez. IV, 11 marzo 1999, n. 266; Cons. Giust. Sic., 25 marzo 1999, n. 135.

(56) Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; Id., Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334.

risultando in modo concludente predefinita ad eluderla (56), come accade quando l'Amministrazione cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di un potere formalmente diverso ma in palese carenza dei presupposti che lo giustificano (57), oppure ponendo in essere atti puramente interlocutori (preparatori o istruttori) non seguiti dai necessari provvedimenti di natura satisfattiva (58).

Nell'ipotesi degli atti elusivi si è, quindi, in presenza di una fattispecie di "violazione mascherata" del giudicato in quanto l'inottemperanza non è manifesta ma insidiosa e criptata, dovendo essere accertata dal giudice attraverso una più difficile operazione di confronto (ed interpretazione) del *decisum* con il preteso atto elusivo.

Secondo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati, quindi, solo gli atti che siano propriamente riconducibili al *genus* di quelli violativi di un giudicato puntuale o elusivi di un giudicato non puntuale sono conoscibili dal giudice dell'ottemperanza.

Ogni altro atto successivo al giudicato va, per converso, impugnato secondo le regole ordinarie (giurisdizione generale di legittimità).

In caso di errore nell'introduzione del rito, la giurisprudenza amministrativa, in presenza dei necessari requisiti di forma e sostanza (in particolare la notifica all'Amministrazione e ad almeno un controinteressato), consente la conversione del ricorso per ottemperanza in ricorso giurisdizionale ordinario in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Con la novella del 2005 (art. 21-*septies* della legge 11 febbraio 2005, n. 15), recependo l'orientamento giurisprudenziale prevalente (59), si è omogeneizzato e positivizzato il regime patologico degli atti violativi o elusivi del

(57) Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; ID., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820.

In queste ipotesi potrebbe essere dedotto il vizio di eccesso di potere, tra l'altro, sotto il profilo della divergenza tra scopo effettivamente perseguito e funzione tipica dell'atto (Cons. Stato, A.P., 11 marzo 1986, n. 6).

(58) Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 1980, n. 2; ID., A.P., 3 dicembre 1982, n. 18.

(59) Affermano la nullità degli atti violativi od elusivi del giudicato Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; ID., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2003, 2915; ID., Sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, in *Foro Amm.*, 1998, 420; ID., Sez. V, 11 ottobre 1996, n. 1231, in *Foro Amm.*, 1996, 2886.

L'orientamento era stato confermato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 11 marzo 1984, n. 6; ID., A.P., 8 aprile 1995, n. 7, in *Foro Amm.*, 1995, 818).

La dottrina, tuttavia, non ha mancato di manifestare le proprie perplessità in relazione alla ricostruzione giurisprudenziale rilevando che il potere è comunque presente pur se viene esercitato in difformità dai vincoli del *decisum* (VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 383; MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 245-246; FRACCHIA F., *Violazione di giudicato e nullità del provvedimento*, in *Foro It.*, 1993, III, 213; SCIULLO G., *Il comportamento dell'Amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 74).

giudicato stabilendo la nullità di entrambi attesa la carenza di potere che li affetta (60).

5. *Il rito dell'ottemperanza*

Gli art. 90 e 91 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, contengono talune scarse disposizioni relative alla procedura che sono state integrate e chiarite dalla giurisprudenza amministrativa.

È previsto che il ricorso in ottemperanza si propone con deposito presso la segreteria del giudice competente “*finché dura l'azione di giudicato, ma non prima di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in mora di provvedere*”.

La segreteria ne dà successiva comunicazione all'Amministrazione che può nei venti giorni successivi trasmettere le sue osservazioni.

Secondo l'interpretazione prevalente l'*actio iudicati* è proponibile entro il termine di prescrizione decennale decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza (l'art. 90, 2° co., R.D. 17 agosto 1907, n. 642, stabilisce che “*essi possono essere proposti finché dura l'azione di giudicato*”) (61).

Il ricorso in ottemperanza deve essere preceduto, a pena di inammissibilità (62), dalla notifica (63) di un atto stragiudiziale di diffida e messa in mora con cui si assegna all'Amministrazione competente (64) ad adempiere un termine non inferiore a trenta giorni (65) per provvedere in senso conforme al giudicato.

(60) Si è già rilevato che il 2° co. del menzionato art. 21-*septies* attribuisce le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che viene, quindi, a coesistere ed a rafforzare quella di merito.

(61) *Inter plures* Cons. Stato, A.P., 26 agosto 1991, n. 5; Id., Sez. V., 6 agosto 2001, n. 4239; Id., Sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59.

Secondo la giurisprudenza amministrativa il termine è suscettibile di sospensione ed interruzione, come si verifica quando il ricorso è proposto ad un giudice incompetente ove il nuovo termine di prescrizione comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato l'incompetenza (Cons. Stato, A.P., 26 agosto 1991, n. 5, in *Foro Amm.*, 1991, 7-8).

(62) Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 1993, n. 570; Id., Sez. IV, 3 ottobre 1990, n. 739; Id., Sez. IV, 8 luglio 1987, n. 415; Id., Sez. IV, 18 gennaio 1984, n. 12.

(63) Non è sufficiente la lettera raccomandata (Cons. Stato, Sez. IV, 2 aprile 2001, n. 2269; Id., Sez. IV, 9 febbraio 1998, n. 228).

(64) La notifica va effettuata al domicilio reale dell'Amministrazione in persona del rappresentante legale e non all'Avvocatura dello Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 1997, n. 721; Id., 29 gennaio 1996, n. 70; Id., Sez. IV, 24 ottobre 1991, n. 72; Id., Sez. IV, 30 gennaio 1990, n. 58; Id., Sez. IV, 27 febbraio 1989, n. 119; Id. Sez. IV, 18 novembre 1984, n. 11).

(65) Il termine è dilatorio e si è ritenuto che il ricorso per l'esecuzione proposto prima della scadenza del termine non sia inammissibile ma versi in una situazione di temporanea improcedibilità (Cons. Stato, Sez. VI, 10 agosto 1999, n. 1019). Il ricorso è, tuttavia, inammissibile se la diffida è notificata prima del passaggio in giudicato (Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 1299; Id., Sez., IV, 8 luglio 1987, n. 415; Id., Sez. V, 29 aprile 1985, n. 208).

La giurisprudenza ha, tuttavia, chiarito che tale diffida non è necessaria in quanto inutile (conseguentemente il ricorso è ammissibile anche in carenza di diffida) se la P.A. abbia dichiarato espressamente di non volere adempiere, oppure se tale rifiuto risulti da comportamenti concludenti, chiari e inequivocabili, quali, ad esempio, attività successive al giudicato che si pongano in contrasto palese con i vincoli puntuali del medesimo (66).

A differenza del rito ordinario, il contraddittorio (67) viene instaurato con il semplice deposito del ricorso, essendo onere della segreteria dare comunicazione della proposizione del giudizio all'Amministrazione competente per l'ottemperanza, che era stata comunque avvertita attraverso la notifica dell'atto di diffida. Non è prevista alcuna notifica in favore di eventuali controinteressati.

Nella prassi forense, tuttavia, per evitare dichiarazioni d'inammissibilità del ricorso proposto in relazione ad atti di dubbia sussunzione nella categoria di quelli violativi od elusivi del giudicato, i difensori sono soliti notificare il ricorso prima del deposito onde beneficiare dell'eventuale conversione del rito (che richiede la presenza dei requisiti di forma e sostanza del ricorso ordinario tra cui la notifica all'Amministrazione e ad almeno un controinteressato).

La prassi è stata, peraltro, agevolata da un certo orientamento giurisprudenziale (68) che, per valorizzare i principi del giusto processo, ha cominciato a disporre, pur in assenza di una specifica disposizione processuale legittimante, ordini di integrazione del contraddittorio nelle ipotesi di mero deposito del ricorso per ottemperanza non preceduto dalle notifiche all'Amministrazione ed ai controinteressati.

La Corte costituzionale (69), per converso, pur riconoscendo la natura contenziosa del giudizio di ottemperanza, circostanza "*che rende imprescin-*

(66) Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2004, n. 1845; Id., Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334; Id., Sez. V, 24 gennaio 1994, n. 49; Id., Sez. 18 giugno 1993, n. 752; Id., Sez. IV, 10 gennaio 1990, n. 11; Id., Sez. V, 12 settembre 1986, n. 457.

(67) Una non recente decisione della Plenaria aveva affermato chiaramente che il procedimento per ottenere l'esecuzione del giudicato, pur avendo carattere giurisdizionale, è retto da disposizioni particolari e in esso non devono essere osservate le normali regole del contraddittorio ("*Nella trattazione dei ricorsi per conseguire l'ottemperanza al giudicato non si osservano dunque le forme ordinarie del contraddittorio, ma quelle particolari dello speciale procedimento*") Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23). In termini Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1995, n. 250; Id., Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 357.

(68) Hanno ritenuto necessaria la notificazione del ricorso per ottemperanza all'amministrazione e ai controinteressati Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5816; Id., Sez. V, 2 marzo 2000, n. 1069; Id., Sez., 22 febbraio 2000, n. 938; Id., Sez. V, 3 luglio 1996, n. 841; Id., Sez. V., 27 maggio 1993, n. 643, in *Cons. Stato*, 1993, I, 677; Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 357; Id., Sez. VI, 29 novembre 1977, n. 883. Hanno affermato, per converso, la sufficienza della mera comunicazione della segreteria Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5847; Id., Sez. IV, 12 dicembre 1997, n. 1436; Id., Sez. VI, 9 marzo 1995, n. 250.

(69) C. cost., 9 dicembre 2005, n. 441 (in *Dir. Proc. Amm.* 2006, 478, con commento parzialmente critico di Gallo C.E., *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza*, che ha auspicato l'estensione degli obblighi comunicativi in favore dei controinteressati [p. 494].

dibile il pieno rispetto del contraddittorio”, ha confermato la legittimità costituzionale dell’art. 91 R.D. 17 agosto 1907, n. 642, ove sia interpretato nel senso di imporre un “*obbligo di comunicare*” il ricorso introduttivo “*nella sua interezza, in tempo utile e in modo da consentire alla pubblica amministrazione una effettiva conoscenza della domanda e l’articolazione tempestiva dei mezzi di difesa*”. Secondo la Corte il rispetto del principio del contraddittorio non deve essere assicurato necessariamente attraverso la notifica a mezzo ufficiale giudiziario (come erroneamente ritenuto dal giudice rimettente), atteso che anche in relazione al processo tributario l’art. 70 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, prevedendo espressamente la mera comunicazione del ricorso nella sua interezza, ha accreditato la proposta interpretazione evolutiva costituzionalmente orientata.

L’art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.) ha ripartito la competenza tra T.A.R. e Consiglio di Stato differenziando i giudizi di ottemperanza al giudicato dell’A.G.O. da quelli relativi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa (la competenza relativa al giudizio di ottemperanza, a differenza di quella generale, è di natura funzionale ed inderogabile, pertanto, secondo indirizzo consolidato, può essere eccepita anche senza l’osservanza delle forme del regolamento di competenza e può essere rilevata dal giudice persino d’ufficio (70)).

Nel primo caso (giudicato dell’A.G.O.) la competenza è attribuita al T.A.R. solo quando “*l’autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del tribunale amministrativo regionale*”, mentre negli altri casi resta del Consiglio di Stato (71).

Nella seconda ipotesi (giudicato del G.A.) la ripartizione della competenza è fissata in ossequio al principio in base al quale il miglior interprete ed ese-

al contrario rilevato che i controinteressati non sono parte necessaria del giudizio di ottemperanza e che la comunicazione della segreteria agli stessi non potrebbe agevolare alcuna conversione del ricorso per ottemperanza in ricorso ordinario).

Il Giudice delle leggi ha, peraltro, confermato l’orientamento che consente lo scrutinio di costituzionalità in relazione alle disposizioni del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, come pure del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (C. cost. 23 aprile 1987, n. 146; Id., 18 maggio 1989, n. 251; Id., 21 ottobre 1998, n. 359; Id., 12 dicembre 1998, n. 406). In precedenza la Corte aveva dichiarato l’inammissibilità della q.l.c. in considerazione della natura regolamentare dei due Regi decreti (C. cost. 28 novembre 1968, n. 118).

(70) Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3926, in *Foro Amm.*, 2000, 2615; Id. Sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3574; Id., 22 maggio 2000, n. 2926, in *Foro Amm.*, 2000, 1712; Id., 26 marzo 1999, n. 420, in *Foro Amm.*, 1999, 642; Id., 11 giugno 1997, n. 638, in *Foro Amm.*, 1997, 1636; Id., Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 14.

(71) Le regole che governano la distribuzione della competenza sui giudizi per l’esecuzione del giudicato sono parzialmente diverse da quelle relative ai giudizi impugnatori in sede di giurisdizione generale di legittimità.

In quest’ultimo caso la dimensione ultraregionale dell’autorità amministrativa i cui provvedimenti sono impugnati comporta l’attrazione della controversia alla competenza del

cutore della decisione definitiva non può che essere lo stesso giudice che l'ha adottata. È, quindi, competente il T.A.R. per le proprie decisioni non appellate oppure interamente confermate dal Consiglio di Stato. È, per converso, competente il Consiglio nei casi di riforma, annullamento o conferma con modifiche o integrazioni della motivazione della sentenza del T.A.R. impugnata (72).

T.A.R. Lazio e la salvezza del doppio grado di giurisdizione, mentre nell'ipotesi dei giudizi di ottemperanza il giudice competente è il Consiglio di Stato in unico grado.

In relazione alle disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1974, n. 1034 (legge T.A.R.), che attribuiscono al Consiglio di Stato la competenza sui giudizi di ottemperanza in unico grado, il T.A.R. Lazio ha sollevato la q.l.c. con ordinanza dell'8 maggio 1980 deducendo il contrasto con gli art. 3 e 125 (2°co.) Cost.

La Corte costituzionale, con ordinanza del 31 marzo 1988, n. 395, ha dichiarato la manifesta infondatezza della q.l.c. ribadendo che il principio del doppio grado di giurisdizione non è costituzionalmente obbligatorio e, con particolare riferimento alla giustizia amministrativa, la presenza dell'art. 125 (2°co.) Cost. impone *“soltanto l'impossibilità di attribuire al TAR competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce”*. Peraltro, l'assenza di previsioni costituzionali che indicano *“il Consiglio di Stato come giudice di solo secondo grado”* legittima la possibilità che il Legislatore attribuisca *“direttamente all'istanza superiore controversie che spetterebbero di norma al giudice di primo grado [...] in ragione della peculiarità del contenuto in cui i giudizi di collocano”, “peculiarità che sono certamente ravvisabili nelle fattispecie di cui all'art. 37, commi secondo e terzo, della legge n. 1034 del 1971”* (C. cost., 31 marzo 1988, n. 395).

La Plenaria (Cons. Stato, A.P., 22 dicembre 1990, n. 11), tuttavia, intervenendo sull'art. 37 L. T.A.R., non ha abusato del disco verde della Consulta, ricercando una soluzione di compromesso con i T.A.R.

Pur estendendo il regime di cui agli articoli 1 e 2 (che disciplinano la distribuzione di competenza in relazione all'ottemperanza delle sentenze dell'A.G.O.) ai giudizi di ottemperanza afferenti le decisioni dei giudici speciali ritenendo che le norme sulla competenza (art. 37, legge T.A.R.) devono interpretarsi estensivamente come quelle sulla giurisdizione (art. 27, n. 4, T.U. C.D.S. e art. 7, 1° co., legge T.A.R.), ha ritenuto che la terminologia *“ente”* di cui al 1° comma dell'art. 37 legge T.A.R. sia stata utilizzata attecnicamente dal Legislatore. Secondo la Plenaria, quindi, alla luce di un'interpretazione logico-sistematica che valorizzi le istanze di decentramento del sistema di giustizia amministrativa perseguite dalla legge 6 dicembre 1971, n. 1034, la parola ente designerebbe genericamente un *“centro di imputazione”* dell'attività amministrativa. In tal modo la Plenaria consente che si radichi la competenza dei T.A.R. anche nelle ipotesi di giudizi nei confronti di organi periferici dello Stato e degli enti pubblici ultraregionali.

L'estensione alle pronunce dei giudici speciali delle norme sulla giurisdizione e sulla competenza afferenti il giudizio di ottemperanza per le decisioni dell'A.G.O. è stata confermata dalla giurisprudenza successiva (Cons. Stato, A.P., 23 dicembre 1994, n. 4; Id., Sez. IV, 25 settembre 1998, n. 1213).

L'unità del sistema derivante dalla concentrazione in capo al G.A., quale giudice del potere pubblico, della giurisdizione per l'esecuzione del giudicato derivante dalle pronunce di tutti i giudici speciali è stata rotta dalla legislazione più recente che, valorizzando l'esigenza di rendere ciascun giudice, diverso da quello ordinario, garante dell'attuazione delle proprie pronunce, ha riconosciuto, sottraendola al giudice amministrativo, la giurisdizione della Corte dei conti e delle Commissioni tributarie sulle controversie afferenti l'ottemperanza alle proprie decisioni (rispettivamente art. 10 della legge 205/2000 e art. 70 D.Lgs. 546/1992).

(72) Il principio, valido nell'ipotesi in cui le modifiche motivazionali in appello comportano un autonomo contenuto precettivo del giudicato anche in relazione alle modalità di attua-

Sono legittimate a ricorrere le parti del giudizio chiusosi con l'ottemperanda sentenza. Secondo un certo orientamento (73) la legittimazione dovrebbe essere estesa a tutti coloro nei confronti dei quali il giudicato comunque spiega i suoi effetti immediati, come accade nei casi in cui la decisione eccezionalmente è destinata a produrre effetti *erga omnes* (annullamento di atti regolamentari o amministrativi generali che dà luogo ad un giudicato inscindibile o indivisibile) (74).

Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, al fine di assicurare il soddisfacimento delle finalità dell'ottemperanza attraverso la completa attuazione del contenuto decisorio della sentenza, la legittimazione passiva deve essere riconosciuta non solo all'Amministrazione che sia stata parte nel precedente giudizio (nonché ai suoi successori sia di natura pubblica (75) che privata (76)) ma anche a quella che, pur non avendo partecipato al precedente giudizio, sia titolare del potere di compiere un'attività vincolata meramente adempitiva (77) nonché ai soggetti privati esercenti poteri pubblici (78).

È stato anche ritenuto ammissibile, non senza incertezze, l'intervento di chi non sia stato parte nel precedente giudizio che faccia valere una posizione dipendente da quella della P.A. soccombente, oppure un interesse costituito o confermato dall'atto di riesercizio del potere conseguente al giudicato (79).

zione, è stato definitivamente affermato da una decisione dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, A.P., 11 giugno 2001, n. 4; precedentemente in termini Cons. Stato, Sez. IV, 1° settembre 1999, n. 1392; Id., Sez. IV, 26 marzo 1999, n. 420; Id., Sez. IV, 1° aprile 1999, n. 361; Id., Sez. IV, 11 dicembre 1998, n. 1781; Id., Sez. V, 11 ottobre 1996, n. 1231; Id., Sez. IV, 14 marzo 1995, n. 172; Id., Sez. IV, 15 marzo 1994, n. 250; Id., Sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59; Id., Sez. IV, 17 luglio 1991, n. 469; Id., Sez. V, 20 marzo 1985, n. 160).

(73) Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 1968, n. 1120; Id., Sez. V, 9 aprile 1994, n. 276 (hanno esteso la legittimazione a soggetti che non avevano partecipato al giudizio di merito). In senso contrario Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 1956, n. 892; Id., Sez. V, 27 settembre 1960, n. 687; Id., Sez. II, 1° febbraio 1995, n. 15/95.

In dottrina per l'orientamento favorevole all'allargamento della legittimazione a ricorrente SCOCA F.G., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in A.A.V.V., *Il giudizio di ottemperanza (Atti Varenna)*, 1981, 210. Per quello contrario CASSARINO S., *Il processo amministrativo*, Vol. II, 887.

(74) Per una recente conferma del principio dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento di atti amministrativi generali Cons. Stato, A.P., 11 gennaio 2007, n. 1.

(75) Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 1989, n. 1382 (ipotesi di successione tra enti pubblici).

(76) Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 5 (in relazione all'obbligo incombente sul successore di natura privatistica di provvedere all'esibizione di un documento amministrativo relativo ad un atto adottato dall'estinto ente pubblico trasformato).

(77) Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2002, n. 3484; Id., Sez. VI, 6 maggio 1997, n. 690; Id., Sez. VI, 22 aprile 1989, n. 485. In senso contrario, tuttavia, Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 1994, n. 242; Id., Sez. IV, 11 giugno 1992, n. 620.

(78) Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5624; Cons. Giust. Amm., 13 febbraio 2007, n. 42.

La trattazione del ricorso si svolge in camera di consiglio (80) applicando il principio istruttorio c.d. dispositivo con metodo acquisitivo in base al quale è sufficiente che il ricorrente alleggi un mancato o inesatto adempimento di quanto statuito nel *decisum*, che avrebbe dovuto essere ottemperato, rimanendo l'Amministrazione onerata della prova dell'avvenuta esecuzione (81).

Durante il giudizio di ottemperanza, l'Amministrazione non perde il potere di provvedere adeguandosi al giudicato e l'adozione di atti adempitivi sopravvenuti comporta l'improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse (se non soddisfattivi o parzialmente soddisfattivi (82)) o la cessazione della materia del contendere (se pienamente soddisfattivi) (83).

Circa il regime giuridico delle sopravvenienze di fatto o di diritto (84) che, ponendosi in contrasto con le statuizioni del giudicato, hanno l'attitudine di impedirne la piena attuazione, la giurisprudenza amministrativa, superando l'orientamento tradizionale (85) che ne affermava la rilevanza in ogni

(79) T.A.R. Lazio, Sez. III, 4 febbraio 2003, n. 640. In senso implicitamente favorevole Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5931; ID., Sez. V, 17 maggio 2000, n. 2875. In senso contrario Cons. giust. amm., 10 marzo 1983, n. 39.

(80) Tuttavia le parti possono chiedere la trattazione in udienza pubblica ma spetta al giudice valutare se accogliere o meno la richiesta (Cons. Stato, Sez. Sez. V, 28 marzo 1998, n. 367; Cons. Giust. Sia., 22 marzo 1993, n. 114).

(81) Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 954; ID., Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3443.

(82) Cons. Stato, A.P., 10 dicembre 1991, n. 10.

(83) Se l'atto adempitivo era già stato adottato dall'Amministrazione prima del deposito del ricorso per ottemperanza il giudizio va dichiarato inammissibile per carenza originaria di interesse.

(84) Si è autorevolmente rilevato che il regime delle sopravvenienze di fatto e di diritto sarebbe delineato dalla giurisprudenza amministrativa in maniera divaricata (PATRONI GRIFFI F., *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in MORBIDELLI G., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 818-820). In relazione alle prime il tema delle sopravvenienze darebbe luogo ad una "*casistica assai varia, che persegue soluzioni di concreta soluzione delle questioni bilanciando gli interessi in gioco*" atteso che la giurisprudenza ammetterebbe "*un certo rilievo, in senso ostativo all'esecuzione del giudicato, ai mutamenti della situazione di fatto*" (p. 818). Con particolare riferimento alle seconde, invece, "*la tesi oramai accolta è che trova applicazione la normativa vigente al momento della notificazione della sentenza definitiva, notificazione che ha l'effetto di "cristallizzare" la situazione di fatto e di diritto*" (p. 819). In relazione alle sopravvenienze di diritto, difatti, si assiste al conflitto tra due principi: quello di dare effettiva attuazione al giudicato e quello di rispettare la legge in vigore al momento dell'attuazione del giudicato che si fonda sulla norma abrogata (così SATTA F., *Giustizia amministrativa*, 1997, 485).

(85) L'orientamento era stato affermato anche da due pronunce dell'Adunanza Plenaria.

La prima pronuncia, riferendosi all'attività giurisdizionale dello stesso giudice amministrativo da svolgersi in sede di ottemperanza che era destinata ad "*inserirsi nel circuito decisionale e nell'ambito operativo dell'Amministrazione*", rilevava che quest'ultimo, come "*l'Amministrazione, nel provvedere in seguito alla sentenza (e il giudice amministrativo nel*

caso, si è oramai consolidata (86) nel senso di riconoscere efficacia solo agli eventi venuti in essere prima della notifica della sentenza favorevole (87), non potendo quelli successivi incidere sulla stabilità del *decisum* per ragioni di certezza del diritto. Ove la sopravvenienza abbia rilevanza (perché antecedente la notifica della sentenza) frustrando le pretese del privato quest'ultimo potrà tutelarsi (eventualmente) solo per equivalente dando prova del comportamento illecito della P.A. concretatosi nel colpevole ritardo nell'adempimento (88).

Il principio è stato, peraltro, affermato anche in relazione alle situazioni soggettive ad efficacia durevole su cui sia sceso un giudicato "inciso" da una

sostituirsi all'Amministrazione inadempiente), deve in genere – almeno quanto si tratti di valutazioni complesse e nelle quali sia dominante la considerazione dell'interesse pubblico – effettuare un nuovo apprezzamento delle esigenze generali da soddisfare tenendo conto anche dei nuovi elementi di fatto e normativi che siano sopravvenuti tempestivamente all'atto annullato" (Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23).

Con la decisione del 14 ottobre 1986, n. 12, la Plenaria, pur richiamando il proprio precedente orientamento, affermava, per converso, che nell'ipotesi concreta la sopravvenienza normativa in discussione (una legge regionale della Sicilia di interpretazione autentica) non era idonea ad incidere sui rapporti giuridici su cui era sceso il giudicato.

(86) Cons. Stato, A.P., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Foro It.*, 1994, III, 313; *Id.*, A.P., 11 maggio 1998, n. 2, in *Cons. Stato*, 1998, I, 743; *Id.*, A.P., 10 dicembre 1998, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 11-12.

L'orientamento si è sviluppato a partire dalle aperture dell'antesignana decisione della Plenaria del 1986 (Cons. Stato, A.P., 8 gennaio 1986, n. 1, in *Cons. Stato*, 986, 1) che aveva affermato che, in sede di esecuzione del giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia, il sindaco avrebbe dovuto applicare la disciplina contenuta nello strumento urbanistico vigente non al momento della presentazione dell'originaria domanda ma al tempo della pronuncia definitiva, salva l'inopponibilità delle variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute dopo la notificazione della sentenza di accoglimento del ricorso e salvo il potere-dovere dell'autorità competente di rivedere *in parte qua* il piano vigente al fine di valutare se ad esso possa essere apportata una deroga che recuperi, in tutto o in parte e compatibilmente con l'interesse pubblico, la previsione del piano abrogato, sulla quale si fondava originariamente la domanda di concessione.

Sulle variazioni sopravvenute allo strumento urbanistico, in termini Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 1998, n. 53.

(87) È irrilevante la mera comunicazione della segreteria (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2003, n. 1698, in *Cons. Stato*, I, 2003, 817).

(88) Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1077; *Id.*, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro Amm.*, 2001, 2008, che recepiscono l'orientamento di quell'autorevole dottrina che aveva auspicato l'utilizzazione del rimedio risarcitorio almeno nelle ipotesi di sopravvenienze fattuali che avessero reso inattuabile il giudicato ("*Di fronte al risultato concreto, per cui il corso della vita e degli eventi priva di significato la sentenza, si tratta di dare effettività e compiutezza alla tutela giurisdizionale amministrativa [...] questo è possibile solo collocando questo tipo di tutela nel più ampio e generale quadro della tutela giurisdizionale: per cui là dove, quasi per forza di cose, non giungono il giudice amministrativo e l'amministrazione, deve poter essere invocata la tutela per equivalente, vale a dire il risarcimento del danno*" SATTÀ F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 484).

nuova legge che abbia efficacia retroattiva (come le leggi di interpretazione autentica). A tale riguardo è stato chiarito che il principio costituzionale dell'indipendenza della magistratura impone che il giudicato sia intangibile dalla legge sopravvenuta con effetti retroattivi che entri in conflitto con il contenuto del medesimo (89). Secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa prevalente (90) quest'ultimo, ove abbia definito situazioni giuridiche ad effetti istantanei (tali sono secondo la Plenaria (91) quelle che "consequono il loro scopo in quanto si estinguono") deve essere attuato dall'Amministrazione, senza che la stessa possa invocare l'esistenza di una causa di impossibilità sopravvenuta ad essa non imputabile inveratasi nel *factum principis* (la nuova legge retroattiva), mentre in relazione alle *situazioni durevoli* (tali sono secondo la Plenaria (92) quelle che "consequono il loro scopo in quanto durano nel tempo") bisognerebbe distinguere gli effetti che si sono prodotti prima della sopravvenienza di diritto che troverebbero la propria regola nel giudicato e quelli successivi che sarebbero, per converso, disciplinati dalle nuove norme. Secondo la menzionata giurisprudenza la soluzione non contrasterebbe con il principio di intangibilità del giudicato da parte di nuove leggi retroattive perché in relazione alla disciplina degli effetti che si producono dopo l'entrata in vigore della nuova normativa si profilerebbe una mera successione cronologica di regole normative senza che possa ritenersi esistente un conflitto tra legge e giudicato che, come rilevato, continuerebbe a regolare gli effetti già prodotti.

Per la descrizione della tipologia di decisioni adottabili dal giudice dell'ottemperanza e la possibilità di nominare un *commissario ad acta* si rinvia a quanto già rilevato nell'ambito della trattazione afferente la natura giuridica del giudizio amministrativo per l'esecuzione del giudicato nel quale sono riconosciuti al G.A. i più ampi poteri sostitutivi di merito.

Circa i rimedi esperibili nei confronti della sentenza che chiude il giudizio di ottemperanza va segnalato che l'appellabilità della medesima dipende dal contenuto e dalla natura giuridica delle statuizioni della decisione che vengono censurate. Ove quest'ultima si presenti meramente esecutiva del titolo da ottemperarsi (in quanto contenga esclusivamente statuizioni necessarie a garantire l'utilità finale attribuita dal giudicato) l'appello sarebbe inammissibile, mentre lo stesso sarebbe, per converso, consentito nell'ipotesi in cui sia teso a censurare statuizioni (di cognizione) con cui il giudice del-

(89) Cons. Stato, A.P., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Foro It.*, 1994, III, 313; Id., A.P., 10 dicembre 1998, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 11-12.

(90) Cons. Stato, A.P., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 254; Id., A.P., 11 maggio 1998, n. 2, in *Cons. Stato*, 1998, I, 743; Id. A.P., 4 dicembre 1998, n. 8; Id., A.P., 10 dicembre 1998, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 11-12. L'orientamento della Plenaria è stato seguito dalla giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, Sez. IV, 6 maggio 2004, n. 2800; Id. Sez. IV, 6 novembre 1998, n. 439; Id., Sez. IV, 2 giugno 1998, n. 922; Id., Sez. IV, 20 gennaio 1998, n. 39).

(91) Cons. Stato, A.P., 11 maggio 1998, n. 2.

(92) Cons. Stato, A.P., 11 maggio 1998, n. 2.

l'ottemperanza abbia integrato le lacune o interpretato il titolo da ottemperarsi, oppure abbia risolto questioni quali quelle relative ad eccezioni processuali o di rito, alla sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive dell'*actio iudicati* oppure alla fondatezza della pretesa azionata (per es. abbia ritenuto non violativi od elusivi del giudicato gli atti censurati) (93).

(93) Orientamento oramai consolidato (Cons. Stato, 26 maggio 2006, n. 3144, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2006, 1561; Id., Sez. IV, 10 marzo 2004, n. 1167; Id., Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3443, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2003, 1855; Id., Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1906, in *Giur. It.*, 2003, 1936; Id., Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1918, in *Giur. It.*, 2003, 1930; Id., Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4979, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2002, 2025; Id., Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3789, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2002, 1716; Id., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1329; Id., Sez. IV, 28 luglio 1998, n. 1121; Id., Sez. VI, 5 maggio 1998, n. 632; Id., Sez. VI, 2 aprile 1998, n. 404; Id., Sez. V, 10 febbraio 1998, n. 153; Id., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298; Cass. civ., Sez. Un., 10 gennaio 1984, n. 175; Cons. Giust. Sic. 8 luglio 1998, n. 426).

Il regime dell'appellabilità delle decisioni rese in sede di ottemperanza risulta dalla lettera combinata dei *decisa* di due Adunanze Plenarie.

Secondo la prima delle due decisioni (Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23) l'appello sarebbe di regola precluso in quanto in relazione al giudizio di ottemperanza "*il criterio seguito dalla legge non è quello del doppio grado di giudizio ma quello dell'unico grado di giudizio*" (conclusione accolta dalla legge per i procedimenti di ottemperanza attribuiti alla competenza del Consiglio di Stato e applicabile, secondo la Plenaria, anche alle ipotesi attribuite alla competenza dei T.A.R.). Peraltro, prosegue la decisione, "*le considerazioni [...] sulla speciale natura del procedimento di ottemperanza, sul carattere peculiare e pregnante delle relative statuizioni e sulla sua funzione esaustiva della vicenda processuale, forniscono invece una valida spiegazione logica del perché il legislatore non abbia ritenuto il doppio grado rispondente alle caratteristiche e alla funzione proprie di tale procedimento in relazione all'esigenza che il giudizio (già eventualmente sviluppatosi in più gradi) pervenga finalmente a conclusione in tempi ormai spediti e in forme concentrate, così come richiede sia l'interesse alla tempestività dell'azione amministrativa sia l'interesse del privato alla realizzazione della posizione di vantaggio derivategli dalla sentenza da eseguire*". Tale regola generale, tuttavia, per evitare di sacrificare esigenze fondamentali di giustizia, è destinata a subire eccezioni in relazione a "*pronunce e statuizioni aberranti o che comunque, sebbene formalmente emesse ex art. 27, n. 4 del T.U. del 1924 o ex art. 37 della legge n. 1034 del 1971, esulino o esorbitino in realtà dall'ambito e dalla funzione propria del procedimento di ottemperanza*".

La decisione successiva della Plenaria (Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 1980, n. 2) dichiara di condividere la linea interpretativa inaugurata nel 1978 ma ritiene necessario integrare e completare la precedente statuizione chiarendo che "*deve ritenersi che le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali emesse ai sensi dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 non siano appellabili là dove contengano mere misure attuative del preesistente giudicato, sempreché queste ultime non si sostanzino in statuizioni aberranti o comunque estranee all'ambito ed alla funzione propri del giudizio di ottemperanza*", mentre "*l'appello contro le stesse sia consentito là dove il Tribunale regionale si sia pronunciato – ovvero abbia illegittimamente omesso di pronunciarsi – sulla regolarità in rito del seguito giudizio, sul ricorrere nel caso delle richieste condizioni soggettive ed oggettive dell'azione esperita, nonché sulla fondatezza della pretesa azionata*", atteso che in questi casi il T.A.R. "*finisce indubbiamente coll'esplicare una attività ontologicamente del tutto identica a quella pertinente in ordine alla verifica dei corrispondenti profili in rito ed in merito dei giudizi di cognizione ordinari sì da non potersi le sue conseguenti pronunce non definire, per pari*

Pur se ammissibile in astratto, il ricorso per cassazione per (soli (94)) motivi di giurisdizione (come pure il regolamento preventivo di giurisdizione (95)) si presenta nel concreto una via percorribile con poche possibilità di successo, attesa l'estrema difficoltà di articolare censure afferenti il superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in relazione a materie in cui il G.A. ha poteri decisori estesi al merito (96).

Per chiudere il quadro dei rimedi esperibili avverso la sentenza che abbia chiuso il giudizio di ottemperanza giova ricordare che è stata, peraltro, ritenuta ammissibile l'opposizione di terzo (97).

necessaria analogia, come di natura prettamente giurisdizionale". Nelle ipotesi eccezionali in cui è ammissibile l'appello delle decisioni dei T.A.R. rese in sede di ottemperanza, dal carattere devolutivo dello stesso, discende che nel caso di "*accoglimento del gravame e, in una connesso, dell'originario ricorso per ottemperanza di prima cure, spetti al Consiglio di Stato assumere le conseguenti misure attuative del giudicato*".

La progressiva estensione dell'ambito di appellabilità delle decisioni rese in sede di ottemperanza è stata riconosciuta incidentalmente anche dalla Corte costituzionale (C. cost., 31 marzo 1988, n. 395).

La giurisprudenza successiva, nonostante un incidentale orientamento della Cassazione favorevole all'affermazione della generale appellabilità delle decisioni rese in sede di ottemperanza (Cass. civ., 24 novembre 1986, n. 6895), si è conformata all'interpretazione della Plenaria (Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5319; Id., Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3789; Id., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1329; Id. Sez. IV, 28 luglio 1998, n. 1121; Id., Sez. VI, 5 maggio 1998, n. 632; Id., Sez. V, 10 febbraio 1998, n. 153; Id., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298; Id., Sez. IV, 2 novembre 1993, n. 964; Id., Sez. V, 7 aprile 1992, n. 297).

(94) In base all'art. 111, u.c., Cost. il ricorso per cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato è circoscritto alla sola verifica del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione essendo inammissibili censure con cui si facciano valere *errores in procedendo* o *in iudicando* che attengono al modo dell'esercizio della funzione giurisdizionale e non alla sua esistenza (Cass. civ., Sez. Un., 16469/06, Id., Sez. Un., 26 febbraio 1990, n. 1456; Id., Sez. Un., 27 novembre 1987, n. 8792).

(95) La esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione è stata espressamente riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale al fine di soddisfare esigenze di economia processuale ("*Una volta che il giudizio di c.d. ottemperanza (art. 27, n. 4, del T.U. 16 giugno 1924, n. 1054, e art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034) ha carattere giurisdizionale ed una volta che anche in questa sede possono sorgere, come di fatto sono sorte, questioni attinenti alla giurisdizione, non si vede ragione per negare la possibilità di proporre regolamento di giurisdizione anche in un processo di esecuzione. Anzi potrebbe dirsi che, data la necessità ancor più evidente di accelerare il corso dei giudizi di ottemperanza, la ratio più volte ripetuta si presenta qui con una intensità maggiore*" C. cost., 28 luglio 1983, n. 246). In termini Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 1981, n. 1299.

(96) Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10012; Id., Sez. Un., 6 maggio 1998, n. 4572; Id., Sez. Un., 14 gennaio 1992, n. 368.

(97) Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1999; Id., Sez. IV, 3 novembre 1994, n. 848.