

Il giudizio di ottemperanza nella sua evoluzione¹

Sommario. 1.Premessa; 2.L'origine del ricorso per l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato delle sentenze del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione; 3.Contenuto e limiti dell'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario con accenno alla giurisprudenza più antica;. 4.Ragioni della mancata previsione del rimedio per le sentenze amministrative e graduale estensione pretoria nei loro confronti; 5.Significato della giurisdizione di merito per il giudizio di ottemperanza; 6.La legittimazione al ricorso per l'ottemperanza; 7. La procedura del ricorso per l'ottemperanza e la sua decisione in camera di consiglio; 8.Sviluppo della normativa fino all'introduzione del codice del processo amministrativo; 9.Contenuto e limiti dell'obbligo di conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo fino all'introduzione del codice; 10.Il giudizio di ottemperanza nelle disposizioni del codice del processo amministrativo e successive integrazioni; 11. Sentenze e provvedimenti suscettibili di ottemperanza e modulazione dei poteri di decisione offerti al giudice dell'ottemperanza; 12. La domanda di risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza; 13.La penalità di mora; 14.Rimessione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del quesito sui rimedi esperibili avverso gli atti rinnovati dall'amministrazione a seguito del giudicato (Cons. St. sez. VI, ordinanza 5 aprile 2012, n. n.2024); 15. La contestazione degli atti di riedizione del potere amministrativo nelle direttive dell'Adunanza plenaria 15 gennaio 2013, n.2; 16. Prevedibile estensione di tali direttive all'impugnativa degli atti del commissario ad acta; 17.Le sopravvenienze di fatto e di diritto; 18. Sindacato della Corte di cassazione a sezioni unite sul giudizio di ottemperanza; 19. La ricerca di un nuovo equilibrio tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza nel c.p.a.; 20.Considerazioni conclusive.

1.Premessa.

Il titolo dell'argomento si adegua alla denominazione del titolo I del libro quarto del codice del processo amministrativo “ giudizio di ottemperanza”, che viene utilizzato per la prima volta in una disposizione legislativa relativa al processo amministrativo²,

¹ Lo scritto costituisce aggiornamento ed integrazione di quello da me redatto, diviso in due parti, per la rivista “Il nuovo diritto amministrativo”, nn.2 e 3/2012, pubblicato anche nel sito del Consiglio di Stato (settembre 2012) e in Giustamm.it (novembre 2012).

² Come è noto, l'art. 70 d. lgs. n.546/1992 prevede il giudizio di ottemperanza anche a proposito del giudicato delle sentenze delle commissioni tributarie, che però non attribuisce a tali Commissioni una

con estensione a cinque categorie di provvedimenti giurisdizionali suscettibili di ottemperanza³, elencate nell'art. 112.

Come è noto, la disciplina relativa all'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati⁴ è essenzialmente frutto dell'attività pretoria del Consiglio di Stato costruita su poche scheletriche disposizioni normative, che sono rimaste sostanzialmente inalterate fino al 16 settembre 2010, salvo alcuni modesti adattamenti in considerazione dell'istituzione nel 1971 dei Tribunali amministrativi regionali. L'esecuzione di una sentenza nei confronti dell'amministrazione rappresenta un profilo nodale, in tutti i sistemi che riconoscano un diritto amministrativo, in quanto una tale esecuzione richiede generalmente un intervento del giudice amministrativo rispetto ad ambiti di attività che l'ordinamento assegna all'amministrazione per attuare interessi generali, conferendole normalmente ampi poteri discrezionali. Ma nel contempo l'ordinamento deve rinvenire gli strumenti tecnico-operativi per assicurare una tutela piena ed effettiva delle posizioni soggettive fatte valere dagli interessati in giudizio ed il giudizio di ottemperanza costituisce un osservatorio privilegiato per misurare l'effettività della giustizia amministrativa..

La presente relazione è essenzialmente distinta in tre parti: la prima concerne il periodo anteriore all'estensione dell'obbligo di conformarsi rispetto alle sentenze del giudice

giurisdizione estesa al merito, trattandosi di procedimento "chiuso" in cui il potere del giudice sul comando definitivo inevaso va esercitato entro i confini invalicabili posti dall'oggetto della controversia definita con quel giudicato. Dalle sentenze delle commissioni tributarie va enucleato e precisato il significato ai fini dell'adempimento degli obblighi in esso contenuti in sede di ottemperanza ma non può rappresentare veicolo di attribuzione di un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello riconosciuto dalla sentenza da eseguire (Cass. Sez. V, 10 dicembre 2008, n. 28944), pur non trattandosi di attività meramente esecutiva dal momento che sono riscontrabili aspetti cognitivi tutte le volte in cui la volontà espressa dal giudicato viene compiutamente interpretata (Cass. Sez. V 24 giugno 2005, n. 136821).

³ Il termine "ottemperanza", da intendersi come dovere di porre in essere tutte le attività occorrenti - a parte e oltre l'esecuzione- affinché la realtà di fatto corrisponda alla situazione di diritto affermata dal giudice, è stato usato per primo da M.S. Giannini nella relazione "Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza", Riv. trim. dir. e proc. civ., Milano 1960.

Perciò il termine "ottemperanza" ha una denotazione più ampia e una connotazione più intensa dei termini esecuzione e attuazione del giudicato, come precisato da P. Carpentieri, Esecuzione giudicato, in Giustamm, ottobre 2012.

⁴ Il termine "conformarsi" è adoperato anche nell'art. 46 CEDU, che impone alle Parti contraenti l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte. Tale obbligo vincola gli Stati solo in merito al fine da raggiungere, lasciando loro la discrezionalità nella scelta dei mezzi tramite cui perseguire tale scopo - in quest'ottica, la disposizione dell'art. 46 è analoga a quella adoperata l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite.

amministrativo relative a posizioni di interesse legittimo, che all'incirca si estende fino al 1950; la seconda si protrae sostanzialmente fino all'intervento del codice sul processo amministrativo (16.9.2010) e la terza dal 16.9.2010 fino ad oggi.

2.L'origine del ricorso diretto ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato.

Con la legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all.E), il legislatore introdusse il sistema della giurisdizione unica sui diritti soggettivi, considerandoli l'unica posizione giuridica soggettiva tutelabile in giudizio nei confronti della pubblica amministrazione e ne affidò la tutela al giudice ordinario. Invece, "gli affari non compresi" tra i diritti soggettivi vennero attribuiti alla cura esclusiva della stessa autorità amministrativa. Il giudice ordinario aveva (ed ha generalmente tuttora⁵) solo il potere di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo lesivo del diritto soggettivo del privato in relazione all'oggetto della controversia, senza poterlo modificare o revocare (e perciò neppure annullare o sospendere)⁶.

Precisò poi che per modificare o revocare l'atto amministrativo occorre fare "ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali per quanto, riguarda il caso deciso" (art. 4, 2° comma), cioè rivolgendosi alle stesse autorità amministrative che avrebbero dovuto provvedere d'ufficio.

Ciò in osservanza all'epoca di una rigida interpretazione del principio della divisione dei poteri, cui la legge abolitrice del contenzioso amministrativo si era ispirata.

Non essendo in quella legge previsto un rimedio efficace attraverso il quale si potesse imporre alla pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato del giudice ordinario, esso venne successivamente introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 4, n. 4, l. 31 marzo 1889, n. 5992 (legge Crispi), istitutiva della sezione quarta del Consiglio di Stato, poi trasfuso nell'art. 25, n.6, del T.U. della legge sul Consiglio di Stato del 2 giugno 1889, n.6166.

⁵ Costituiscono esempi di deroga a detti limiti la rettifica degli atti dello stato civile, la retrocessione dei beni espropriati, gli ordini di cessazione delle condotte antisindacali; l'annullamento e la revoca dei provvedimenti assunti dall'Autorità garante per la privacy.

⁶ E' stato recentemente precisato che il limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non è espressione di una regola di valore costituzionale che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso (Corte cost. 23 luglio 2001, n. 275) e che il divieto imposto al giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo, salvo i casi espressamente previsti dalla legge, non è in contrasto con l'art. 113 Cost., che rinvia alla legge ordinaria per determinare quali organi di giurisdizione (ordinaria o speciale) possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa (Corte cost. 6 luglio 1971, n.161 e 21 luglio 1981, n. 138).

La disposizione sancì che la Sezione quarta decide, pronunciando anche nel merito, “dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico”.

Il testo finale era stato ispirato da un lato dall'esigenza che fosse più corretto valersi, per quanto possibile, delle parole adoperate nell'art.4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo e dall'altro dalla considerazione che non fosse corretto concentrare l'intento del ricorso nella revoca e nella modificazione dell'atto o provvedimento dichiarato lesivo di un diritto civile o politico, atteso che per eseguire il giudicato non sempre tale revoca o modificazione può essere necessaria⁷.

Inoltre, negli artt. 58 e 59 del “regolamento di procedura dinanzi alla quarta Sezione del Consiglio di Stato”, 17 ottobre 1889 n.6516, fu coniata una particolare procedura per tale ricorso, stabilendosi che la relativa domanda fosse diretta al Presidente della quarta sezione, ma non prima di 30 giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in moto per provvedere; che il segretario ne dovesse dare immediata comunicazione al ministero competente, il quale poteva trasmettere le sue osservazioni entro venti giorni.

3.Contenuto e limiti dell'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario, con accenno alla giurisprudenza più antica.

Nonostante la lettera della disposizione si riferisse al “giudicato dei tribunali”, talvolta fu ammesso il ricorso anche nel caso di sentenza con titolo esecutivo⁸, ma poi è prevalsa la necessità del giudicato formale⁹, che persiste tuttora per le sentenze del giudice ordinario¹⁰, nonostante che sia stato introdotto il rimedio dell'ottemperanza per le sentenze esecutive del giudice amministrativo dall'art. 10 l. 21 luglio 2000, n.205.

Il giudicato del giudice ordinario comporta, a carico dell'amministrazione, a parte alcune incertezze iniziali, un vero e proprio obbligo di conformarsi per quanto riguardo il caso deciso¹¹, che deve essere intervenuto tra la pubblica amministrazione e un privato e non tra privati¹².

⁷ I lavori preparatori della legge Crispi in ordine all'art.4 n.4 sono accuratamente riportati da A. M. Sandulli, nello scritto “Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati”, Riv. trim. dir. e proc. civ., Milano 1960.

⁸ Cons. St. sez. V, 29 ottobre 1910 n.202; sez. VI, 27 giugno 1969, n.319.

⁹ Cass. S. U., 18 settembre 1970 n.1563; Cons. St. A. P. 23 marzo 1979, n.12.

¹⁰ Cort. cost., ord. 18 marzo 2005, n.122.

¹¹ Cons. St. sez. IV, 15 gennaio 1904, n. 21.

¹² Cons. St. sez. V, 4 novembre 1910, in Riv. dir. pubbl. 1911, pag. 204 e segg.

Il giudice ordinario, nel caso di accertata illegittimità dell'atto amministrativo lesivo del diritto soggettivo, non può procedere alla condanna dell'amministrazione ad un fare che importi la rimozione diretta degli effetti diretti e specifici dell'atto, ma può dichiarare il diritto del privato leso dall'atto al fine di porre le premesse sia per la condanna al risarcimento del danno sia in funzione degli ulteriori effetti scaturenti dall'obbligo dell'amministrazione sancito dall'art. 27 n.4 T.U. n.1054/1024¹³.

Il contenuto del giudicato civile in relazione al caso deciso va determinato dal giudice amministrativo, il quale ha senz'altro il potere di interpretare la decisione oggetto di giudizio¹⁴ e la commissione di eventuali errori in sede interpretativa non investe i limiti esterni delle sue attribuzioni giurisdizionali purchè tenga conto di elementi interni al giudicato da ottemperare e non di elementi esterni, la cui valutazione rientrerebbe comunque nella giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza¹⁵.

Dopo un lungo periodo di ritenuta inammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice ordinario di condanna della pubblica amministrazione al pagamento di somme di denaro, è stato recentemente riconosciuto che l'esigenza di completamento della tutela giurisdizionale si riscontra sia con riferimento alla fase provvedimentale, nella quale vanno posti in essere tutti gli atti anche autoritativi necessari per eliminare gli atti riconosciuti lesivi del diritto soggettivo del privato o per creare situazioni giuridiche nuove, sia in relazione alla fase più strettamente adempitiva di preesistenti obblighi con operazioni materiali o atti giuridici di esecuzione della sentenza¹⁶. E' stato precisato peraltro che per l'intervento del giudice dell'ottemperanza il privato non può limitarsi a chiedere il pagamento del dovuto ma deve sollecitare la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione. Inoltre, l'obbligo di conformarsi è stato esteso anche alle sentenze del giudice ordinario di condanna al rilascio di un immobile da parte dell'amministrazione¹⁷. Successivamente il rimedio è stato esteso ai decreti ingiuntivi non opposti¹⁸, alle ordinanze di assegnazione del credito ex art. 547 c.p.c. non

¹³ Cass. S. U. 7 marzo 1960, n.420. Per quanto concerne in particolare i poteri del giudice ordinario in relazione alle controversie di lavoro privatizzato si rinvia all'art. 63 d. lgs 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni.

¹⁴ Cass. S. U. 18 gennaio 1909, in *La giustizia amministrativa*, 1909, parte III, pag 43 e segg.

¹⁵ Cons. St. A. P. , 17 gennaio 1997, n.1; Cass, S. U. 27 dicembre 2011, n. 2881; Cons. St. sez. VI 21 dicembre 2011, n.6773, la quale ritiene inammissibile il giudizio di ottemperanza nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna del giudice ordinario da eseguire non abbia sufficientemente quantificato la somma arretrata dovuta.

¹⁶ Cons. St.A. P. 9 marzo 1973, n.1

¹⁷ Cons. St., A. P. 2 giugno 1983, n. 15.

¹⁸ Cons. St. A. P. 24 giugno 1998, n. 4.

opposte¹⁹ e ai lodi arbitrali dichiarati esecutivi che abbiano acquistato efficacia di giudicato²⁰.

Occorre infine definire i casi in cui sussiste un obbligo di rimozione dell'atto amministrativo dichiarato illegittimo dal giudice ordinario per lesione di un diritto soggettivo. Si tratta di aspetto problematico in quanto connesso al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che ha subito nel tempo una lunga evoluzione²¹. Attualmente appare condivisibile l'opinione secondo cui la possibilità di proporre il giudizio di ottemperanza può essere riferita soltanto ai casi di disapplicazione principale da parte del giudice ordinario (art.4 legge abolizione contenzioso del 1865), nei quali la contestazione e la cognizione del giudice hanno per oggetto in via diretta i diritti soggettivi lesi dall'amministrazione, per cui il rimedio è ammissibile in caso di sentenze del giudice ordinario dirette alla tutela di diritti fondamentali non degradabili o, in generale, dei diritti lesi da un provvedimento amministrativo emanato in carenza di potere²².

Diversamente avviene in caso di disapplicazione incidentale da parte del giudice ordinario, ipotesi in cui non si forma un giudicato sulla questione di legittimità del provvedimento in quanto risolta incidenter tantum e quindi non può sorgere un obbligo di rimozione a carico dell'amministrazione²³.

Un aspetto alquanto incerto è se il ricorso in parola possa essere proposto non solo per la revoca o la modifica dell'atto amministrativo ritenuto lesivo del diritto soggettivo del privato ma anche per l'adozione di atti positivi che siano la conseguenza del giudicato.

Inizialmente il Consiglio di Stato si era espresso in senso negativo²⁴, ma detto orientamento restrittivo appare recentemente superato, riconoscendosi la potestà del giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione per adottare quei provvedimenti necessari per l'esecuzione del giudicato²⁵, ma residua da stabilire in

¹⁹ Cons. St. sez. V, 12 ottobre 2009, n. 6241 e 13 ottobre 2010, n. 7463.

²⁰ Cons. St., sez. V, 12 novembre 2001, n. 5788 e 12 ottobre 2009, n. 6241.

²¹ Sia consentito il richiamo del mio scritto "Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte", sito del Consiglio di Stato, Studi e Contributi, nonché Giustamm.it., settembre 2007.

²² F. Caringella e M. Protto, Commento al codice del nuovo processo amministrativo, 2012, pag. 1054;

²³ Cons. St. sez. V, 17 ottobre 1958, n. 754, trattandosi di atto impugnabile autonomamente presso il giudice amministrativo nel prescritto termine di decadenza.

²⁴ Cons. St. sez. V, 14 giugno 1909, con nota contraria di F. Cammeo, il quale evidenzia che il ricorso era rivolto all'esecuzione del giudicato e non solo per la revoca dell'atto, in G.I. 1909, III. c.424.

²⁵ Cons. di St., A. P. 9 marzo 1973, n.1.

relazione al caso concreto fino a quale punto può sussistere una stretta consequenzialità.

Il ricorso va proposto, nei limiti della prescrizione dell'azione di giudicato²⁶, non prima di 30 giorni dalla messa in mora dell'amministrazione ai sensi dell'art. 90 R. D. n. 642/1907. Ma fin dall'inizio l'adempimento della messa in mora è stato ritenuto inutile in alcune fattispecie, così nel caso in cui l'amministrazione abbia deliberato di eseguire il giudicato, trattandosi in questo caso di stabilire se l'atto compiuto risponda o meno all'obbligo ad essa imposto dal giudice ordinario,²⁷ o abbia manifestato chiaramente l'intenzione di non voler adempiere²⁸.

Il ricorso può essere proposto non solo in caso di inerzia della p.a. o in caso di dichiarazione di non volere adempiere, ma anche quando abbia adottato qualche atto preparatorio ma di fatto poi non abbia adempiuto²⁹, o quando abbia adottato atti aventi il fine apparente di eseguire la sentenza, ma sostanzialmente rivolti ad eluderla³⁰. Il ricorso per esecuzione del giudicato è ammissibile anche quando l'esecuzione fa carico al Governo centrale³¹.

La mancanza di un atto da revocare non comporta l'inammissibilità del ricorso per esecuzione del giudicato del giudice ordinario, potendo la lesione del diritto soggettivo del privato essere cagionata da qualunque fatto positivo o negativo (ad es. occupazione abusiva di locali)³².

La p.a. ha l'obbligo di eseguire il giudicato del giudice ordinario salvo il mantenimento dell'atto per supreme ragioni di interesse pubblico, con il pagamento di una congrua indennità al danneggiato³³.

²⁶ Cons. St. A. P. 26 agosto 1991, n.5.

²⁷ Cons. St., sez. V n.183 del 25 aprile 1908 in Giust. Amm., 1908 pag. 283; Sez. IV 20 agosto 2001, n. 4568.

²⁸ Cons. St. sez. VI 23 giugno 2008 n. 3160, con richiamo di precedenti.

²⁹ Cons. St., sez. V n. 86 del 28.2.1913 in Giust. amm, 1913, pag. 461.

³⁰ Cons. St., sez. V, 23 maggio 1980, n. 546.

³¹ Cons. St., sez. V n. 86/1913, già cit.

³² Cons. St. sez. V, 30 dicembre 1910, G.I. 1911, III, col.87, con nota adesiva di F. Cammeo.

³³ Cons. St. sez. V 30 dicembre 1910, già citata, e della medesima sezione 11 giugno 1920 (salvo vellevoli e giustificate ragioni di ordine pubblico) in G.I. 1921, III, c. 3. In tal modo, la Sez. V aderì sostanzialmente all'orientamento di F. Cammeo, che escludeva l'adempimento specifico per i casi in cui si mettessero in pericolo i rapporti internazionali o si alterassero le condizioni politiche dello Stato: F. Cammeo, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Milano, s. d. ma 1911, pag. 847. Recentemente è stato precisato che a tale dovere di ottemperanza l'Amministrazione non possa assolutamente sottrarsi (Cons. Stato, A. P. 3 luglio 1952, n.13); che l'Amministrazione non ha alcuna discrezionalità con riguardo all'an dell'esecuzione, alla quale non può sottrarsi per nessuna

In sede di esecuzione del giudicato, il giudice amministrativo ha facoltà non solo di imporre un termine all'Amministrazione per adempiere ma anche di ridurre il termine a tal riguardo fissato dall'Amministrazione; così come ha anche la facoltà di ordinare l'esecuzione d'ufficio a cura dell'autorità ad essa superiore³⁴.

Tale orientamento è stato successivamente integrato, ammettendosi che il giudice amministrativo in sede di ottemperanza abbia i più ampi poteri per assicurare l'adempimento dell'obbligo di esecuzione, sia mediante statuizioni dirette, sia mediante la nomina di commissari ad acta con il compito di sostituirsi integralmente, anche per attività discrezionale, all'amministrazione inadempiente³⁵. È stato precisato che gli ampi poteri di merito spettanti al giudice amministrativo in sede di esecuzione del giudicato, gli consentono di sostituirsi a qualunque organo della P.A.³⁶.

4. Ragioni della mancata previsione del rimedio per le sentenze amministrative e graduale estensione pretoria nei loro confronti.

L'obbligo di conformarsi non fu invece previsto per le decisioni della sezione quarta, limitandosi a prescrivere l'art. 56 del citato regolamento n.6516 del 1889 che “l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto per la parte relativa alle spese, in cui siano condannate le parti soccombenti”

Invero, nel sistema della legge del 1889, che aveva costruito la giurisdizione amministrativa come giurisdizione generale di annullamento di atti amministrativi (cioè di atti emanati nell'esercizio del potere pubblico incidenti su situazioni soggettive del cittadino non aventi la consistenza di un diritto civile o politico) viziati sotto il profilo dell'incompetenza, dell'eccesso di potere e di violazione di legge, non sembrava esserci spazio per un giudizio con le caratteristiche concepite dalla stessa legge del 1889 per il giudicato dal giudice ordinario, atteso che la sentenza di annullamento di un atto amministrativo in molti casi non richiederebbe alcuna esecuzione da parte dell'amministrazione soccombente, stante il suo effetto demolitorio con efficacia ex tunc, che rimuove ab origine l'illegittimità.

ragione, neppure per l'estrema difficoltà dell'esecuzione o per l'eccezionalità della situazione, salvo il naturale limite costituito dal principio “factum infectum fieri nequit”, avendo solo una facoltà di scelta relativa al quomodo (V. Cons. di Stato, A. P. 9 marzo 1973, n.1.

³⁴ Cons. St., sez. V 11 giugno 1920, in G.I., 1921, III. c.1.

³⁵ Cons. di St., A.P. n.1/1973, cit.

³⁶ Cass. S. U., 28 giugno 1991, n. 7226 e 14 gennaio 1992, n. 368; Corte cost. 12 dicembre 1998, n.406; Cons. St., sez. VI 16 ottobre 2007, n.5409.

In altri termini, a differenza della sentenza del giudice ordinario, che postula l'obbligo di conformarsi al giudicato come elemento esterno al contenuto e agli effetti della pronuncia, nel caso della sentenza del giudice amministrativo un siffatto obbligo non sembra assumere un rilievo autonomo rispetto alla sentenza di annullamento, atteso che l'effetto di ripristinazione è, per così dire, interno e ad essa connaturato. Inoltre, vigeva all'epoca la concezione che la giurisdizione amministrativa si dovesse limitare ad annullare l'atto illegittimo, essendo ritenuta l'attività positiva propria della p.a.³⁷.

D'altronde, fu inizialmente dubbia la stessa natura giurisdizionale della sezione quarta (poi chiarita dalla Corte di Cassazione e confermata dall'art. 5 della legge 7 marzo 1907 n. 62, istitutiva della sezione quinta del Consiglio di Stato) con conseguente incertezza sulla presenza di un giudicato sulle decisioni di tale sezione, a parte che inizialmente i casi di inesecuzione delle decisioni del giudice amministrativo da parte dell'amministrazione furono di numero esiguo, per i quali erano sufficienti i rimedi indiretti che erano stati escogitati (rivolgendosi alla stessa autorità tenuta al giudicato o a quella superiore, proponendo un nuovo ricorso al giudice amministrativo contro l'atto che rifiuta l'esecuzione, azione di responsabilità davanti al giudice ordinario nei confronti del funzionario o dell'amministrazione che rifiuta l'esecuzione del giudicato, azione di responsabilità penale nei confronti del funzionario che rifiuta l'esecuzione)³⁸.

Sulla stessa linea si posero, nonostante fosse stata chiarita la natura giurisdizionale sia della quarta che della quinta Sezione, l'art. 23, comma n. 5, del T.U. n.638/1907, e gli artt. 88, 90 e 91 r.d. 17 agosto 1907 n. 638, che si limitarono a confermare il ricorso in esame con giurisdizione anche di merito e la relativa speciale procedura³⁹.

La normativa fu confermata anche in occasione dell'art. 27, n.4, del T.U. 26 giugno 1924 n. 1054, che in particolare non tenne conto delle conclusioni raggiunte da apposita Commissione reale, che al termine dei suoi lavori nel 1912, aveva suggerito tra l'altro di "estendere la procedura per l'esecuzione del giudicato del giudice

³⁷ M. E. Schinaia, I poteri del giudice amministrativo nella fase di esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione, 2003, in Web Consiglio di Stato, Studi e Contributi.

³⁸ F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo, con note di aggiornamento di G. Miele, 1960, pag. 822.

³⁹ L'unica novità introdotta dall'art. 36 del T.U. n. 638/1907 è stata quella di prevedere poteri istruttori più ampi per le controversie oggetto di giurisdizione anche in merito (potendo la Sezione quinta ordinare qualunque mezzo istruttorio nei modi previsti dal regolamento di procedura), aspetto che fu poi disciplinato dall'art. 27 del regolamento n.642/1907.

ordinario anche al giudicato amministrativo, con particolare riferimento agli enti soggetti a tutela o vigilanza, con l'invio di commissari"⁴⁰.

Pur in mancanza di una espressa previsione del rimedio anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato si rese conto che l'obbligo a carico dell'amministrazione pubblica di conformarsi ai giudicati doveva estendersi anche alle sentenze amministrative in ossequio a un principio di coerenza del sistema. Non è infatti ammissibile che da un lato sussista un giudicato e dall'altro sia consentito alla pubblica amministrazione di ignorarne impunemente il contenuto e le implicazioni attinenti alla materia controversa.

Inoltre, nella pratica si era mostrata palese l'insufficienza della modifica o dell'annullamento dell'atto nella generalità dei casi per la soddisfazione piena dell'interesse del ricorrente, essendo necessario un successivo intervento positivo della pubblica amministrazione che per lo più rimaneva inadempiente.

Autorevole dottrina dell'epoca chiarì in modo perspicuo le ragioni per cui il problema dell'ottemperanza si poneva anche nei riguardi delle decisioni del giudice amministrativo, rilevando che esse possono essere di annullamento sia di un atto positivo che di un atto negativo (con obbligo di adottare un atto positivo) e che l'annullamento di un atto positivo può comportare l'effetto di vincolare l'Amministrazione nel suo ulteriore comportamento in relazioni ai motivi accolti⁴¹.

L'estensione avvenne inizialmente per l'esecuzione delle sentenze amministrative esecutive del giudicato del giudice ordinario e poi, in considerazione dell'identità della ratio, per l'esecuzione del giudicato amministrativo relativamente alle posizioni di diritto soggettivo della giurisdizione esclusiva⁴². Solo verso gli anni cinquanta⁴³ vi fu l'estensione anche nei confronti del giudicato amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità⁴⁴, con l'avallo successivo della Corte di Cassazione⁴⁵ e della Corte

⁴⁰ Alfredo Codacci-Pisanelli, "La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa" e "Sulle riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa", in Riv. Dir. Pubbl., rispettivamente, 1916 e 1912.

⁴¹ F. Cammeo, "L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.", in G. I. 1937, III, c. 65.

⁴² Cons. St. sez. IV, 9 marzo 1928, n.181; sez. V, 13 marzo 1931 n.176.

⁴³ Cons. St. sez. IV 23 sett.1949 n. 305, che richiama l'intervenuta estensione del giudizio di ottemperanza anche agli interessi legittimi con la procedura di cui all'art. 90 r.d. n.642/1907 ma nella specie la domanda era stata proposta con ricorso ordinario; sez, V, 1.4.1950 n. 395 con riferimento ad un annullamento di licenziamento. Prima l'ostacolo veniva superato proponendo un ulteriore ricorso in sede di legittimità avverso l'atto che non si era conformato al precedente giudicato amministrativo (Cons. St. sez. IV, 22 aprile 1911, n.269).

⁴⁴ E. Guicciardi, Giustizia amministrativa, 1957, pagg. 293 e segg.

⁴⁵ Cass. S.U., 8 luglio 1953, n. 2157.

costituzionale⁴⁶. Invero, in base principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia, con l'impossibilità di operare distinzioni di sorta tra funzioni giurisdizionali di natura diversa (ordinaria, amministrativa, di legittimità di merito, esclusiva) che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi, anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, pur se adottato da un organo di rilievo costituzionale. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessitata.

Infine, l'applicabilità dell'art.27 n.4 venne ulteriormente estesa ai giudicati delle giurisdizioni speciali, salvo che sia prevista una diversa competenza⁴⁷.

Vi fu anche il tentativo di ritenere suscettibile di esecuzione del giudicato la decisione del ricorso straordinario⁴⁸, non condiviso dalla Cassazione in considerazione della natura amministrativa della decisione del Capo dello Stato⁴⁹.

5. Significato della giurisdizione di merito per il giudizio di ottemperanza.

Il ricorso in esame è stato attribuito fin dall'inizio alla giurisdizione di merito del Consiglio di Stato⁵⁰.

⁴⁶ ⁴⁶ Corte cost. 8 settembre 1995, n. 419 e 15 settembre 1995, n. 435, concernenti l'esecuzione del giudicato nei confronti del Consiglio superiore della magistratura; nonché 12 dicembre 1998, n. 406, ove si afferma la discrezionalità del legislatore nel limitare il giudizio di ottemperanza al caso di sentenza passata in giudicato.

⁴⁷ Cons. St., sez. IV, 25 ottobre 1955, n. 700; A. P., 4 novembre 1980, n.43. Ora è prevista generalmente la giurisdizione di ogni giudice speciale in ordine all'attuazione del proprio giudicato (art. 10 legge n.205/2000 per la Corte dei Conti e art. 70 d. l.vo n.546/1992 per le commissioni tributarie).

⁴⁸ Cons. St. sez. VI, 16 ottobre 1951, n.430

⁴⁹ Cass. S. U., 2 ottobre 1953, n.3141; 18 dicembre 2001, n. 15978. Ma ora Cass. S. U. 28 gennaio 2011, n. 2065, si è espressa in senso favorevole a seguito delle riforme intervenute dal 2009 in poi.

⁵⁰ L'art. 4 della legge n.5992/1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, nell'elencare i casi di pronuncia anche in merito, prevedeva al n.4 "i ricorsi diretti ad ottenere

La decisione anche in merito di cui all'art. 25 L. n.6166/1989 (che aveva i suoi precedenti nella giurisdizione propria del Consiglio di Stato di cui all'art.10 L. n.2248/1865 allegato D) comportava per alcuni un esame non solo della legalità dell'atto ma anche della sua opportunità, mentre per altri stava ad indicare una giurisdizione piena, sostitutiva di quella ordinaria, per l'esercizio di ogni potestà di cognizione e di giudizio necessaria per la definizione della controversia.

Ma, come fu notato dall'Orlando, rientrando nella giurisdizione anche in merito un elenco determinato di controversie, entrambe le tesi sono parziali in quanto tengono conto esclusivamente di alcune ipotesi trascurando le altre, atteso che vi sono casi in cui è evidente una pronuncia su veri e propri diritti soggettivi, mentre per altri la decisione ha un contenuto analogo ad un provvedimento amministrativo, senza escludere che in una determinata materia vi possano essere degli aspetti di carattere misto⁵¹.

Sui caratteri della giurisdizione anche in merito si soffermò anche il presidente Serena, nel discorso tenuto in occasione dell'assunzione della presidenza della Sezione quinta, precisando che essa non esclude il giudizio di legittimità, ma lo comprende e lo fonde con quello di merito; che tra le ipotesi previste di giurisdizione anche in merito, alcune riguardano giudizi su veri e propri diritti soggettivi, mentre per altre il sindacato attribuito ai tribunali amministrativi concerne l'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione ed il pronunciato può ispirarsi non solo a criteri di legittimità ma anche a quei criteri di equità, di convenienza e di opportunità che avrebbero dovuto determinare l'atto amministrativo sottoposto a sindacato⁵².

Con particolare riferimento al giudizio di ottemperanza è stato precisato che la sua collocazione nella giurisdizione di merito è preordinata a consentire al giudice amministrativo una larga possibilità di valutazione e di scelta per quanto concerne gli strumenti operativi da imporre all'amministrazione, o da adottare direttamente a seconda dei casi, affinché dia puntuale attuazione al contenuto sostanziale della pronuncia passata in giudicato⁵³.

Tale giudizio si estrinseca nella verifica del puntuale ed esatto adempimento dell'obbligo della P.A. di conformarsi al contenuto del giudicato. Esso, al fine di

l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico"

⁵¹ V. E. Orlando, Primo trattato completo di diritto amministrativo, Vol. III, parte 2°, Giustizia Amministrativa, seconda edizione, 1923, pag. 209.

⁵² Il discorso del Pres. O. Serena è riportato in La giustizia amministrativa, 1907, parte IV, pag. 136 e segg.

⁵³ Cons. St. A. P. 9 marzo 1973, n.1.

soddisfare a pieno l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi se l'amministrazione nell'ottemperare al giudicato debba adottare provvedimenti discrezionali⁵⁴, di fronte ad adempimenti parziali o incompleti o a condotte addirittura elusive del contenuto della decisione da ottemperare⁵⁵.

Sulla natura giurisdizionale del giudizio di merito del giudice amministrativo furono avanzati dalla dottrina forti dubbi che si sono trascinati fino all'intervento chiarificatore della Corte di Cassazione nel 1953⁵⁶, la quale ha ribadito il carattere giurisdizionale del procedimento per l'esecuzione del giudicato di cui all'art. 27 n.4 T. U. n.1054/1924 con riferimento alle sentenze sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo, avallandone la sua estensione al giudicato amministrativo e rilevandone, a fronte della tesi di intervenuta abrogazione dell'art. 27 n.4 del T. U. del 1924, la sua conservazione in presenza dell'art.113 Cost., che è diretto ad estendere e non al limitare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Il giudice amministrativo, anche quando decide della produzione di determinati effetti che tengano luogo di un provvedimento dell'autorità amministrativa, non è investito dei poteri di questa e non compie un'attività amministrativa. Il giudice, benché attraverso il giudizio di ottemperanza, si venga a sostituire all'amministrazione entrando nei meccanismi dell'azione amministrativa, nel predisporre gli opportuni atti affinché il giudicato, ed in ultima analisi, l'interesse del privato, venga soddisfatto, conserva una posizione di terzietà ed imparzialità. Egli è sempre indipendente e non è privato delle sue prerogative e dei suoi poteri, a seconda del contenuto delle sue pronunzie, sicché le sue funzioni, anche nel giudizio di ottemperanza, conservano natura giurisdizionale⁵⁷.

Altro aspetto problematico ha riguardato il carattere cognitorio o esecutivo del giudizio, ma ormai la tesi prevalente è che il rimedio abbia natura mista di cognizione

⁵⁴ Come era stato inizialmente ritenuto da Cass.. S.U. 4 marzo 1966 n. 636 e Cons. St. sez. VI, 4 giugno 1971 n. 407. Tale orientamento restrittivo è stato poi superato (Cons. St. A. P. 9 marzo 1973 n. 1 e Cass. S. U. 20 giugno 1992, n. 368). In quest'ultima sentenza la Cassazione ha precisato che il giudizio di ottemperanza appartiene alla giurisdizione di merito e tende a ottenere una pronuncia che, a seconda i casi, ponga nel nulla il provvedimento della P.A., ordini a quest'ultima di effettuare certi adempimenti ovvero addirittura realizzi la sostituzione del giudice amministrativo alla P.A. nella scelta discrezionale dei mezzi, tempi e modi più opportuni per rendere conforme lo stato di fatto e di diritto alle esigenze che l'attuazione del giudicato comporta, e quindi, anche nella stessa adozione del provvedimento necessario a tal fine.

⁵⁵ Cass. S. U., 19 agosto 2009, n.18375.

⁵⁶ Cass. S. U. 8 luglio 1953, n. 2157.

⁵⁷ Cons. St. A. P. 14 luglio 1978 n. 21; Cass. S. U. 9 marzo 1981, n.1299; Cass. S.U. 15 luglio 1986, n.4568.

e di esecuzione⁵⁸. Comunque il giudizio di ottemperanza presenta senz'altro caratteristiche differenti rispetto all'esecuzione forzata connotata dall'esistenza del titolo esecutivo: come è stato bene osservato, qui la cognitio è normalmente estranea perché il titolo esecutivo pone a disposizione di chi ne è il possessore una posizione di preminenza che non soggiace più ad alcun controllo⁵⁹.

Il giudizio di ottemperanza, secondo l'attuale elaborazione giurisprudenziale, ricomprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimentale 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 esigibile⁶⁰.

6. La legittimazione attiva e passiva nel ricorso per l'ottemperanza.

Legittimate, in via generale ed esclusiva, alla proposizione del giudizio di ottemperanza sono tutte e solo le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia oggetto della domanda di esecuzione, e non solo quelle in favore delle quali è stata emessa la decisione, in coerenza con la nozione della "cosa giudicata" ex art. 2909 c.c., perché l'accertamento contenuto nella sentenza passata in

⁵⁸Il giudizio di ottemperanza, secondo M:S: Giannini sarebbe un processo esecutivo sia pure di un genere diverso da quello ipotizzato nel c.p.c. (Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza, in Riv. trim dir. e proc.civ. 1960, pag. 471. Invece, secondo M. Nigro, giustizia amministrativa, pag 411, avrebbe natura necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione (ma per l'ottemperanza al giudicato del giudice ordinario la formula dovrebbe essere rovesciata) e secondo A. Piras sarebbe un giudizio strutturalmente di cognizione, anche se di carattere speciale, in "Interesse legittimo e giudizio amministrativo", Vol. II. 1962, pag. 671.

⁵⁹ Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2008, n.4563.

⁶⁰ Corte cost. 12 dicembre 1998, n. 406.

giudicato fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi o aventi causa⁶¹. Evidentemente a tale giudizio può partecipare anche il controinteressato che abbia interesse ad una corretta esecuzione del giudicato⁶².

Contrariamente a quanto ritenuto in passato⁶³, non è da escludere che l'iniziativa per la proposizione del giudizio di ottemperanza possa essere assunta eccezionalmente dall'amministrazione nei confronti del privato, purchè si tratti di effetti ripristinatori derivanti dal giudicato, come nel caso di giudicato solo parzialmente favorevole al privato che debba restituire delle somme ritualmente richieste dall'amministrazione⁶⁴.

In limitati casi si ammette che soggetti portatori di una situazione di vantaggio in ordine ad un provvedimento annullato, ancorché non intimati né intervenuti in giudizio, siano legittimati a promuovere il ricorso in ottemperanza in determinate condizioni:

a) deve trattarsi di un giudicato che abbia annullato un provvedimento amministrativo, dunque sia favorevole all'originario ricorrente⁶⁵;

b) la legittimazione dei terzi estranei deve inerire al solo profilo cassatorio del giudicato e non a quello prescrittivo nei cui confronti riprende vigore il principio dell'efficacia inter partes⁶⁶;

c) il giudicato deve incidere su un atto indivisibile che, oltre ad essere caratterizzato da una pluralità di destinatari, abbia un contenuto inscindibile sicché non possa essere frazionato in distinte ed autonome determinazioni, ovvero su un atto collettivo, che,

⁶¹ Cons. St. sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249 e 2 maggio 2012, n.2489.

⁶² Cons. St. sez. V 22 ottobre 1971, n. 917.

⁶³ Cons. St. sez. IV 29 novembre 2001, n. 5624, secondo cui il giudizio di ottemperanza può esperirsi o nei confronti di un soggetto tenuto al rispetto della normativa di contabilità pubblica (per il compimento degli atti amministrativi da questa richiesti): ovvero nei confronti di un soggetto - indifferentemente pubblico o privato - che sia tenuto, in forza del giudicato, al compimento di un'attività implicante esercizio di potestà pubbliche (concessionario di pubblica funzione o di pubblico servizio); giammai, però, ove l'atto dovuto in forza del giudicato sia il pagamento (in favore di chicchessia) di una somma di danaro da parte di un soggetto non tenuto al rispetto della normativa di contabilità pubblica. In quest'ultima ipotesi, il creditore della prestazione (di dare o di fare, ma comunque fungibile posto che l'oggetto della prestazione è pur sempre una somma di danaro, bene fungibile per antonomasia) - previa, se del caso, azione cognitoria finalizzata a rendere certo, liquido ed esigibile il proprio credito, ovvero, nei congrui casi, previo esperimento dell'azione esecutiva in forma specifica ex art. 612 Cod. proc. civ. - dovrà necessariamente rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il soddisfacimento coattivo del proprio credito.

⁶⁴ Cons. St. sez. VI, 6 luglio 2010, n.4290; TAR Sicilia, Catania, .24 maggio 2012, n.1312.

⁶⁵ Cons. St. sez. VI, 21 febbraio 1997, n.305.

⁶⁶ Cons. St. sez. V, 6 marzo 2000, n. 1142;

parimenti, non possa essere ritenuto, all'esito del giudicato di annullamento, esistente per taluni o inesistente per altri.

Per quanto concerne i legittimati passivi, normalmente è tale la pubblica amministrazione (e i soggetti ad essa equiparati) tenuta all'adempimento del giudicato ed eventualmente, in caso di successione di enti, l'amministrazione subentrante⁶⁷ ed anche nel caso in cui il soggetto subentrante sia diventato nel frattempo privato⁶⁸, ma eccezionalmente può essere anche un privato su iniziativa dell'amministrazione, come confermato dall'art.112, comma 1, c.p.a., il quale prevede l'obbligo di esecuzione dei provvedimenti del giudice amministrativo a carico dell'amministrazione e "delle altre parti".

7.La procedura del ricorso per l'ottemperanza e la sua decisione in camera di consiglio. Fin dall'inizio (artt.58 e 59 del regolamento del 1889 e artt. 90 e 91 del regolamento del 1907) la procedura del ricorso è stata specificamente delineata, ed essa ha costituito il primo rito speciale nell'ambito del processo amministrativo, basandosi sull'atto di messa in mora, la successiva proposizione del ricorso rivolto al Presidente della Sezione, con la copia del giudicato, la immediata comunicazione da parte della segreteria al Ministero (da intendere in senso ampio come amministrazione che ha emanato l'atto), la trasmissione delle eventuali osservazioni entro venti giorni da parte del Ministero e quindi la nomina del relatore per il giorno all'uopo designato dal Presidente della sezione.

La indubbia particolarità è che non occorre la notifica del ricorso introduttivo né all'amministrazione né ad eventuali controinteressati, che invece era (ed è) richiesta per il ricorso ordinario (come già prescriveva l'art. 5, n.6, regolamento del 1889)⁶⁹.

Il problema è stato esaminato nel 2005 dalla Corte cost., che ha dichiarato la disposizione di cui all'art. 91 del regolamento del 1907 esente dal vizio denunciato in considerazione del fatto che la normativa in esame, attraverso l'imposizione alla segreteria competente dell'obbligo di effettuare la comunicazione "integrale" del ricorso depositato, realizzerebbe il valore della instaurazione del contraddittorio, con garanzie sostanziali non inferiori a quelle che vengono riconosciute alla notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario (o messo comunale)⁷⁰.

Però, la Consulta non ha affrontato la questione con riferimento ad eventuali controinteressati al giudizio di ottemperanza, ed è prevalsa recentemente in

⁶⁷ Cons. St. sez. VI, 4 novembre 1989, n. 1382

⁶⁸ Cons. St. sez. VI, 5 aprile 2006 n.1776.

⁶⁹ Ora occorre ai sensi dell'art. 114 c.p.a.

⁷⁰ Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 441

giurisprudenza l'esigenza di ritenere inammissibile il ricorso per l'ottemperanza non notificato ad alcun controinteressato⁷¹.

La seconda particolarità è il rito camerale per la discussione del ricorso e non l'udienza pubblica.

L'aspetto curioso è che fino al 1950, in mancanza di una disposizione che prevedesse la camera di consiglio per tale ricorso, il Consiglio di Stato aveva ritenuto di osservare il dibattimento in pubblica udienza, ma poi ha mutato improvvisamente opinione considerando che nel ricorso in esame occorre solo determinare ciò che l'amministrazione ha ommesso di fare e debba di conseguenza essere ancora disposto in esecuzione del giudicato, con la conseguenza che il compito del giudice in tale giudizio "non fa apparire necessaria l'instaurazione di un vero e proprio rapporto processuale", essendo sufficiente l'acquisizione degli elementi di fatto necessari ad accertare se l'esecuzione del giudicato sia in tutto o in parte mancata ed eventualmente a stabilire quali siano in concreto gli atti amministrativi occorrenti al pieno adempimento del giudicato⁷².

Come è facilmente intuibile trattasi di una giustificazione labile e comunque non più valida in relazione allo sviluppo assunto dal rimedio con riferimento all'ottemperanza del giudicato amministrativo, in cui il giudice amministrativo ha anche un potere integrativo del giudicato ai fini dell'adeguamento della situazione al comando inevaso⁷³. Probabilmente la camera di consiglio si giustifica in alcuni casi per la semplicità e in altri per l'urgenza della decisione da assumere rispetto alle attese del privato che già ha dovuto attendere i tempi necessari per ottenere un giudicato⁷⁴.

Comunque, la discussione in camera di consiglio del ricorso in esame ha poi ottenuto il crisma dall'art. 27 legge n.1034/1971, istitutiva dei TAR, che però ha previsto la trattazione in pubblica udienza nel caso che una delle parti lo richieda.

8.Sviluppo della normativa fino all'introduzione del codice del processo amministrativo.

Si tralascia l'esame delle norme costituzionali per non appesantire la trattazione, senza rimarcare che sono fondamentali per la giustizia amministrativa e quindi anche ai fini

⁷¹ Cons. St. sez. VI 4 settembre 2007, n. 4636 e sez. IV 29 maggio 2009, n. 3356.

⁷² Cons. St. , sez. IV 4 luglio 1950 n. 252 e A. P. 3 luglio 1952 n. 13.

Secondo una parte della dottrina nella scelta del rito camerale si sarebbe manifestata la volontà di mantenere una certa segretezza del giudizio, mentre altri ne rintracciano le origini nella natura ambigua del giudizio stesso.

⁷³ Corte Cass. S. U. 30 giugno 1999, n.376; 27 dicembre 2012, n.28812.

⁷⁴ Cons. St. sez. V, 22 ottobre 1971, n. 917.

dell'ottemperanza del giudicato i principi di cui agli articoli 100, 103, 111 e 113 Cost. che debbono essere correttamente letti alla luce dell'art. 24 Cost. al fine di assicurare pienezza e effettività alla tutela da elargire da parte del giudice amministrativo rispetto a tutte le situazioni soggettive che ricadono nella sua giurisdizione⁷⁵.

Riprendendo il discorso sulla normativa ordinaria, solo con la legge 6 dicembre 1971 n.1034, istitutiva dei Tar, il legislatore ha preso atto di un indirizzo giurisprudenziale ormai cristallizzato. Peraltro, la legge n.1034/1971, dando ormai per acquisita l'esperibilità del rimedio per le sentenze del giudice amministrativo, pone soltanto alcune regole volte ad individuare il giudice competente per l'ottemperanza delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato nell'art. 37 (si tratta di competenza funzionale inderogabile⁷⁶) e poi ne formalizza la trattazione in camera di consiglio, come già accennato.

Una disciplina organica del giudizio di ottemperanza è stata invocata più volte auspicando che esso doveva essere ammesso non solo in caso di inadempimento totale ma anche di inadempimento incompleto o inadeguato degli obblighi esecutivi nascenti dalla sentenza, prevedendo ampi poteri di intervento del giudice di ottemperanza e sancendo il principio di mantenere aperto il giudizio di ottemperanza fino al completamento dell'esecuzione⁷⁷.

Ma una tale disciplina è mancata anche nella legge 21 luglio 2000 n. 205, la quale si è limitata ad estendere l'ambito e gli strumenti della tutela esecutiva anche alle sentenze esecutive di primo grado (art.10), alle sentenze avverso il silenzio dell'amministrazione (art.2) e alle ordinanze cautelari (art.3).

Infine, occorre menzionare l'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990, n.241, aggiunto dall'art. 15 legge 11 febbraio 2005, n. 15, che annovera tra i casi di nullità del provvedimento amministrativo la violazione o elusione del giudicato, assegnando alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le relative controversie.

9.Contenuto e limiti dell'obbligo di conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo fino all'introduzione del codice.

Per le controversie relative a diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo valgono indubbiamente le stesse regole operanti nel processo

⁷⁵.Si rinvia a F. Caringella e M. Protto, Commento al codice del nuovo processo amministrativo, 2012, pagg.55-91.

⁷⁶ Cons. St. sez., IV 17 luglio 2000, n. 3927.

⁷⁷ Renato Laschena, Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo, in Processo amministrativo, quadro problematico e linee di evoluzione, Milano, Giuffrè, 1988, pagg. 45 e segg.

civile in quanto il giudicato sul rapporto controverso si estende, oltre che sulle questioni effettivamente proposte in giudizio (dedotto), anche a quelle deducibili in via di azione ed eccezione (deducibile) che costituiscono precedenti logici essenziali e necessari alla pronuncia⁷⁸. In conformità del resto al principio secondo cui per la tutela di diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva vale il principio della domanda e non quello dei motivi adottati proprio del processo impugnatorio⁷⁹.

Più complesso si presenta il problema per quanto concerne la giurisdizione di annullamento del giudice amministrativo.

Occorre innanzitutto distinguere tra sentenze in rito, sentenze di rigetto e sentenze di accoglimento.

Con la sentenza in rito (dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, dichiarazione di estinzione per rinuncia o per perenzione), il giudice non esamina il merito della controversia ma si sofferma sui presupposti processuali, che una volta accertati carenti gli precludono l'esame del merito. Normalmente le sentenze in rito non hanno forza di cosa giudicata sostanziale, ma eccezionalmente questa si può verificare nel caso in cui nel pronunciare sul rito viene dato sostanzialmente ragione ad una delle parti, ad esempio se la carenza di interesse derivi dalla non riferibilità del provvedimento impugnato al ricorrente oppure dalla sua inefficacia o dalla sua nullità⁸⁰. La cessazione della materia del contendere ha invece normalmente dei risvolti sostanziali in quanto il giudice per dichiararla deve accertare il pieno carattere

⁷⁸ Cons. St. sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 38; sez. VI 8 settembre 2008, n. 4288. In modo analogo si esprime il giudice civile in Cass.S. U. 29 aprile 2003, n. 6632 e Cass. Sez. L. 6 aprile 2012 n. 5581, secondo cui -“il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, e, quindi, sia le ragioni fatte valere in modo espresso nel giudizio esaurito, sulle quali risulta formato il giudicato esplicito, sia le altre ragioni che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono, tuttavia, i precedenti logici necessari della pronuncia (cd. giudicato implicito), e tale resta circoscritto entro i limiti della controversia svoltasi fra le parti, per come in concreto segnati dal petitum e dalla causa petendi della stessa, ed implica che fra la questione decisa in modo espresso e quella che si vuole essere stata risolta implicitamente sussista un rapporto di dipendenza indissolubile, tale da determinare l'assoluta inutilità di una decisione sulla seconda questione, e che la questione decisa in modo espresso non sia stata impugnata”.

⁷⁹ Cons. St. sez. VI, 7 luglio 1981, n.386.

⁸⁰ Cons. St. sez. VI, 19 gennaio 1995, n.40; sez.IV, 6 dicembre 1977, n.1129. Appare orientata invece ad escludere qualsiasi obbligo conformativo con riferimento ad una sentenza di inammissibilità del ricorso, in quanto l'inammissibilità della domanda sarebbe comunque preclusiva per il giudicante di esprimersi sul merito della controversia: Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4644.

satisfattivo del nuovo provvedimento in conformità all'istanza del ricorrente, ai sensi dell'art. 23 legge n.1034/1971⁸¹.

La sentenza di rigetto presuppone l'esame di tutti i motivi di ricorso che vengono ritenuti infondati e/o irrilevanti. In giurisprudenza si tende ad escludere che sulla sentenza di rigetto si possa formare un giudicato sostanziale in quanto essa non sembra idonea a produrre effetti modificativi o innovativi rispetto alla situazione precedente⁸². Ciò vale senz'altro per il ricorrente il cui ricorso è stato rigettato⁸³. Occorre peraltro considerare che la sentenza di rigetto contiene un accertamento giudiziale sulla legittimità dell'atto impugnato per lo meno per quanto concerne i motivi proposti e che tale accertamento può essere utile al resistente, per cui possono sussistere aspetti di giudicato sostanziale.

Per quanto concerne le sentenze di accoglimento che annullano l'atto impugnato, assumono rilievo centrale due aspetti: una delle parti della controversia è la pubblica amministrazione; la sentenza e lo stesso processo si inseriscono solitamente in una più ampia vicenda che vede a monte un procedimento amministrativo che si protrae, oltre il giudizio, nella durevole relazione tra cittadino e amministrazione.

Il secondo aspetto è più problematico: il processo amministrativo segue a un procedimento amministrativo, che si vuole ispirato ai principi di imparzialità e trasparenza; la sentenza amministrativa solitamente non esaurisce la vicenda tra le parti, che continua nell'esercizio dell'ulteriore attività amministrativa, resa necessaria per soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente vittorioso; sotto tale profilo, anzi, la sentenza pone la regola per l'ulteriore attività amministrativa, la quale non è rapportabile alla semplice fase dell'esecuzione che può conseguire alla sentenza civile⁸⁴.

E' ormai acquisito che una sentenza di annullamento è idonea a produrre una triplice efficacia: effetti demolitori in relazione all'ordinario annullamento ex tunc dell'atto⁸⁵,

⁸¹ L'art. 34, comma 5, del c.p.a. rafforza il carattere sostanziale della dichiarazione di cessazione della materia del contendere prevedendo l'accertamento che "la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta" e includendo la relativa sentenza tra quelle di merito.

⁸² Cons. St. sez. VI, 21 febbraio 1997, n. 305.

⁸³ Cons. St. sez. III, 11 febbraio 2013, n. 744; sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1675..

⁸⁴ F. Patroni Griffi, La sentenza amministrativa, nel sito del Consiglio di Stato, Studi e contributi, 2000.

⁸⁵ Recentemente è stata giustamente messa in dubbio la necessarietà dell'effetto annullatorio della pronuncia giudiziale, rilevandosi che talvolta l'annullamento retroattivo costituisce misura eccessiva e perciò non soddisfattoria dell'istanza di tutela del ricorrente, che può impugnare l'atto al solo fine di giovare dell'effetto conformativo, come nel caso in cui si lamenti l'insufficienza delle misure

che costituisce l'effetto primario e formale della pronuncia; effetti ripristinatori, in quanto sorge l'obbligo per l'amministrazione di ripristinare le situazioni modificate o estinte dall'atto (restituito in integrum); effetti conformativi in relazione al vincolo a carico dell'amministrazione in ordine all'attività di rinnovazione dell'atto⁸⁶.

Peraltro, detta triplice efficacia per dispiegarsi completamente presuppone un interesse concreto del privato in relazione alla specifica controversia e l'accoglimento di motivi idonei a sorreggere gli effetti ripristinatori e conformativi, atteso che possono esservi anche sentenze autoesecutive, nelle quali la soddisfazione della posizione soggettiva lesa si realizza automaticamente con il semplice effetto distruttivo dell'atto impugnato ad opera della sentenza di annullamento, senza l'intermediazione di atti ulteriori da parte dell'amministrazione⁸⁷. Si può fare l'esempio di un provvedimento di esclusione da una gara o da un concorso che venga prima sospeso in sede cautelare e poi annullato con la sentenza di merito e l'interessato abbia avuto la possibilità di partecipare regolarmente al concorso o alla gara. In tal caso si aggiunge comunque all'effetto eliminatorio della sentenza di annullamento anche un effetto preclusivo nei confronti dell'amministrazione, che non potrà adottare nei confronti del medesimo soggetto un nuovo atto con lo stesso contenuto e sulla base dei medesimi presupposti di quello annullato.

Talvolta l'annullamento di un atto presupposto può comportare l'annullamento dell'atto consequenziale e la giurisprudenza ha distinto l'invalidità viziante (che

adottate per ottenerne delle ulteriori (Cons. St. sez. VI 10 maggio 2011, n. 2775 e sez. V 26 gennaio 2012, n. n.340).

⁸⁶ Cons. St. sez. VI 8 novembre 1968, n. 621; sez. V 3 novembre 1989, n. 736; sez. IV 25 giugno 2010, n.4131.

⁸⁷ Una pronuncia può dirsi autoesecutiva (con inammissibilità del giudizio di ottemperanza) laddove il suo contenuto dispositivo sia *ex se* idoneo a determinare l'integrale soddisfacimento della pretesa sostanziale vantata in giudizio, ovvero ad assicurare alla parte ricorrente – ad un tempo – l'utilità immediata di carattere processuale e l'utilità mediata di carattere sostanziale cui era volta l'attivazione del rimedio giurisdizionale; in tanto può parlarsi di carattere autoesecutivo di una sentenza, in quanto in questa l'effetto giuridico si realizzi esclusivamente mediante l'emanazione da parte del giudice della statuizione di annullamento, senza che dal giudicato derivi per l'Amministrazione alcun obbligo di compiere ulteriori attività materiali o giuridiche (in tal senso: Cons. Stato, IV, 27 dicembre 2011, n. 6875; *id.*, V, 10 agosto 2010, n. 5549). Perciò non è stata ritenuta autoesecutiva una sentenza in cui la mera statuizione di annullamento degli atti in base ai quali un manufatto era stato realizzato (per mancato rispetto delle distanze) non è certamente idonea a soddisfare l'utilità mediata o sostanziale cui era, in ultima analisi, rivolta la proposizione del rimedio giudiziale, che era quella di ottenere la rimozione di una situazione in fatto tanto illegittima, quanto violativa delle proprie posizioni giuridiche (Cons. St. sez. VI, 4 settembre 2012, n.4683).

necessita di apposita impugnativa) da quella caducante⁸⁸, che comporta il travolgimento automatico anche dell'atto successivo. Ma il punto in discussione è stabilire quali siano i presupposti in presenza dei quali si configura l'una o l'altra ipotesi di invalidità, trattandosi di aspetto che ha subito nel tempo una continua evoluzione. Comunque la tendenza attuale è nel senso di ridimensionare l'area di incidenza dell'invalidità caducante che sottrae l'atto successivo al principio del contraddittorio, ritenendosi che questa sussiste solo nel caso in cui tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione/conseguenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone quale inevitabile conseguenza di quello precedente (cui unicamente è riconducibile la lesione lamentata) poiché non vi sono nuove ed autonome valutazioni di interesse né del destinatario dell'atto presupposto né di altri soggetti⁸⁹.

Pertanto sono piuttosto frequenti i casi in cui occorre ripristinare la situazione anteriore, come avviene nel caso di interesse oppositivo finalizzato alla ricostituzione della situazione preesistente che era stata disconosciuta dall'atto annullato (si può addurre ad esempio l'annullamento di un provvedimento espropriativo, con restituzione dell'area e risarcimento del danno).

Viceversa per la tutela dell'interesse pretensivo del privato (in caso di dichiarazione di illegittimità del silenzio rifiuto o di annullamento di atti di diniego o di annullamento di bandi di gara o di concorso da rinnovare sulla base delle censure accolte) è essenzialmente orientato l'effetto conformativo, che è rivolto non al passato ma alla futura attività amministrativa⁹⁰.

L'ambito dell'effetto conformativo (che è il presupposto per stabilire la correttezza dell'atto rinnovato dall'amministrazione), che si desume integrando dispositivo e motivazione della sentenza⁹¹, è mutevole non solo in relazione alla proposizione di eventuali motivi aggiunti per effetto di istruttoria e alla motivazione della sentenza sulla cui base le censure vengono accolte (le quali dipendono a loro volta dall'entità e qualità delle censure posposte), ma anche con riferimento alla natura vincolata o discrezionale dell'atto impugnato e in quest'ultimo caso in considerazione della maggiore o minore ampiezza della residua discrezionalità che compete all'amministrazione nel rinnovare l'atto oggetto di annullamento giudiziale.

⁸⁸ Cons. St. A. P. 19 ottobre 1955, n.17; A. P. 27 ottobre 1970, n.5.

⁸⁹ Cons. St. sez. V del 25 agosto 2008, n.4053; sez. VI 23 ottobre 2007, n.5559 e 27 aprile 2011, n.2482.

⁹⁰ Cons. Stato, Sez.IV, 10 aprile 1998, n. 565; Sez. V, 1 aprile 1996, n. 328.

⁹¹ Cons. St. sez. IV, 12 febbraio 2013, n.848; in modo analogo si esprime con riferimento al giudicato civile Cass. Sez. 1, 27 febbraio 1979, n.1277.

Comunque, il giudicato accerta fatti e rapporti con riferimento alla data di adozione dell'atto ma in vista della futura attività amministrativa, per cui si pone il problema di valutare le sopravvenienze di fatto e di diritto intervenute fino all'adozione del nuovo atto.

Di recente è stato ribadito che ai sensi dell'art. 2909 c.c., il giudicato di annullamento fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il "titolo" della stessa azione ed il "bene della vita" che ne forma oggetto; e entro tali limiti, il giudicato copre il "dedotto ed il deducibile", cioè non soltanto le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa⁹².

Nel giudizio di ottemperanza relativo ad un giudicato di annullamento, il giudice amministrativo è chiamato non solo ad enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dal giudicato, chiarendone il significato reale, avendo anche il potere di integrare il giudicato, nel quadro degli spazi consentiti dalla giurisdizione di merito (e idonei a giustificare anche l'emanazione di provvedimenti discrezionali), al fine dell'adeguamento della situazione al comando inavaso⁹³.

Peraltro occorre tener presente che se il giudicato annulla il provvedimento solo per vizi formali, è indubbio che resta spazio pieno per il rinnovo della valutazione dell'amministrazione nei suoi elementi sostanziali. In tal caso, se l'Amministrazione elimina i vizi formali, ma ciononostante adotta un provvedimento non soddisfacente, è pacifico che si determina non una violazione o elusione del giudicato, ma eventualmente una illegittimità autonoma.

Ad analoghe conclusioni si giunge nel caso in cui, nei giudizi avverso il silenzio inadempimento, il giudice si limiti a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza impartire prescrizioni sul relativo contenuto. In siffatta evenienza, il provvedimento espresso non soddisfacente, non dà luogo a inottemperanza, ma ad un atto autonomamente lesivo e, eventualmente, viziato, da contestare con il ricorso impugnatorio ordinario⁹⁴; oppure nell'ipotesi in cui viene accertato un vizio sostanziale relativo ad un tratto ridotto dell'iter procedurale, che impone per l'adozione del nuovo atto una completa rivisitazione dell'assetto complessivo degli interessi coinvolti⁹⁵.

⁹² Cons. St. sez. VI 7 giugno 2005 n.2920 e Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 438.

⁹³ Cass. S. U. 30 giugno 1999, n.376 .

⁹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2010, n. 8053.

⁹⁵ Vincenzo Lopilato, Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza, Giustamm, novembre 2012.

E' ammissibile la vis espansiva di un giudicato tra le parti afferente ad un rapporto giuridico di durata, se invocato in un successivo giudizio di cognizione relativo al medesimo rapporto solo se si tratta di vicende in cui il titolo giuridico del diritto durevole era unico ed è rimasto immutato nel tempo⁹⁶.

Quale che sia, poi, il tipo di vizio ravvisato dal giudicato, è stato affermato che resta salvo il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela sul provvedimento (per quanto già) annullato dal giudicato o su provvedimento presupposto, al fine di rimuoverlo per ragioni diverse da quelle indicate dal giudicato: in una tale prospettiva, si è ritenuto che, annullata in sede giurisdizionale l'aggiudicazione di un appalto, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela tutti gli atti di gara, e tanto non dà luogo di per sé ad inottemperanza, ma semmai a illegittimità autonome⁹⁷

Fino ad epoca recente era pacifico che l'amministrazione conservasse comunque il potere di rideterminarsi in senso negativo per il privato purchè ciò non avvenisse in violazione o elusione degli obblighi puntuali imposti dal giudicato⁹⁸.

In tal modo però il privato era costretto a reiterate impugnazioni per rincorrere i successivi dinieghi dell'amministrazione per ragioni progressivamente integrate nel tempo, con svuotamento sostanziale della tutela piena ed effettiva garantita dalla Costituzione.

Il rimedio efficace potrebbe essere quello di ritenere che i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione possano essere conosciuti dal giudice dell'ottemperanza anche se non violativi o elusivi del giudicato, rilevando unicamente il dato cronologico rispetto alla sentenza. Peraltro, in mancanza di una chiara scelta del legislatore in tal senso (almeno fino all'introduzione del codice)⁹⁹, il problema è quello di non invadere il campo di attività riservato all'amministrazione, su cui vigila la Corte di Cassazione nel definire i limiti esterni della giurisdizione amministrativa¹⁰⁰.

Un punto di equilibrio tra dette due tesi è stato rinvenuto da una parte della giurisprudenza allorché ammette che dopo il primo giudicato l'Amministrazione possa individuare ulteriori elementi sfavorevoli all'interessato, per reiterare il provvedimento

⁹⁶ Cons. St. sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 312.

⁹⁷ Cons. Stato, sez.V, 12 febbraio 2010, n. 743; 23 maggio 2011, n. 3078.

⁹⁸ Cons. St. A. P. 11 marzo 1984, n.6.

⁹⁹Cons. St. sez. VI , ord. 5 aprile 2012, n.2024, che rimette all'Adunanza plenaria, a seguito delle nuove disposizioni del codice e decreto correttivo, la questione dell'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza in caso di impugnativa di un rinnovato diniego per ragioni che appaiono ritenute non coperte dal precedente giudicato, con particolare riferimento a giudizi valutativi della commissione di esame: La risposta è stata fornita da A. P. n.2/2013.

¹⁰⁰ Cass. S. U. 28 gennaio 2011, n.2065.

negativo, purché lo faccia una volta sola. In tale prospettiva si è affermato che pur dovendosi escludere che ogni questione insorta dopo la formazione del giudicato e in esecuzione dello stesso vada sottoposta al vaglio del giudice dell'ottemperanza, tuttavia occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. Pertanto, vi sarebbe a carico dell'amministrazione - dopo un primo giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti nella rinnovazione dell'atto, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati¹⁰¹.

Trattasi però di orientamento minoritario solo parzialmente condivisibile, dal momento che, a prescindere dal numero degli interventi effettuati dall'amministrazione, la contestazione degli ulteriori atti in sede di ottemperanza appare consentita solo per violazione del giudicato o elusione se sia possibile ricostruire un disegno complessivo dell'amministrazione tendente a perseguire, sia pure indirettamente, esiti corrispondenti a quelli ritenuti illegittimi con il giudicato¹⁰².

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio richiedono comunque che l'autorità amministrativa si attenga alla sostanza della decisione del giudice ogniqualvolta il nuovo esercizio del potere si innesti in una vicenda procedimentale in relazione alla quale il giudice medesimo abbia avuto già modo di interloquire. Pertanto l'autorità amministrativa, nell'esercitare nuovamente il potere, deve addurre tutti gli elementi di fatto che ritenga rilevanti, con la conseguenza che, nuovamente annullato il suo provvedimento, la riedizione del potere, in cui si traduce la "salvezza degli ulteriori provvedimenti", non potrà che fondarsi su quegli stessi elementi già tenuti in considerazione (salve le integrazioni dovute al decisum intervenuto), senza considerare elementi non emersi in precedenza (salvo che non ricorrano eccezionali sopravvenienze)¹⁰³ e senza sovvertire i criteri valutativi inizialmente adottati¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858; Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134.

¹⁰² V. Lopilato, Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza, cit.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539.

¹⁰⁴ Cons. St. sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415, confermata ai fini della giurisdizione da Cass. S. U. 19 gennaio 2012, n.736.

Il presupposto per il giudizio è in sintesi l'inottemperanza, che inizialmente connessa all'inesecuzione integrale¹⁰⁵, gradualmente ha ricompreso anche l'adempimento parziale e l'atto macroscopicamente elusivo¹⁰⁶ e quindi non solo in caso di inerzia totale o parziale, ma anche nell'ipotesi di atti in violazione o elusivi del giudicato.

L'elusione configura un fenomeno diverso e più subdolo rispetto all'aperta violazione del decisum, sussistendo in quei casi in cui l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire, anche indirettamente, l'obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da raggiungere surrettiziamente un esito corrispondente a quello già ritenuto illegittimo¹⁰⁷. Per cui, viene a riesercitare la propria potestà discrezionale in conclamato contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo, cercando di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che la giustificano.

Peraltro occorre considerare che talvolta è piuttosto complessa l'indagine da effettuare da parte del giudice amministrativo per pervenire alla distinzione tra atto amministrativo elusivo del giudicato e quello che potrebbe essere affetto da autonoma illegittimità, esistendo delle zone grigie di dubbia qualificazione, principalmente allorchè l'autorità amministrativa tenuta all'ottemperanza è pur sempre dotata di ampia discrezionalità residua¹⁰⁸. In tale ipotesi gli strumenti utilizzabili dal giudice amministrativo possono consistere nelle tecniche tradizionalmente impiegate per individuare lo sviamento di potere e/o una giustificazione

¹⁰⁵ Cons. St. sez. V 18 ottobre 1954, n. 993.

¹⁰⁶ Cons. St. sez. V, 1 luglio 1977, n. 692.

¹⁰⁷ La Consulta si esprime in maniera analoga al fine di accertare la violazione del giudicato costituzionale da parte del legislatore allorchè la nuova disciplina miri a perseguire e raggiungere, anche indirettamente, esiti corrispondenti a quelli già dichiarati incostituzionali (Corte cost. 31 ottobre 2012, n.245).

¹⁰⁸ Cons. St. sez. IV, 4 marzo 2011, n.1415; la quale evidenzia la delicatezza della valutazione cui è chiamato il giudice amministrativo in sede di ottemperanza laddove si tratta di individuare gli elementi sintomatici di un ipotetico sviamento di potere all'interno di un contesto in cui le valutazioni dell'Amministrazione, almeno nell'esercizio ordinario delle proprie attribuzioni, sono connotate da amplissima discrezionalità, anche in connessione con la rilevanza costituzionale dell'organo di autogoverno cui dette attribuzioni sono conferite dal legislatore; confermata da Cass. S. U. 19 gennaio 2012, n.736 per quanto concerne la sussistenza nella fattispecie della giurisdizione del giudice amministrativo.

insufficiente/contraddittoria/irragionevole nel processo argomentativo dell'atto rinnovato rispetto al decisum¹⁰⁹.

E' stato esaurientemente precisato che si configurano come elusivi del giudicato l'esecuzione apparente, incompleta, l'atto solo preparatorio, l'istruttoria defatigante, la richiesta inutile di pareri, la semplice proposta che porta il procedimento ad uno stadio iniziale da tempo superato, l'adozione di un atto inefficace, la semplice notifica dell'intenzione di provvedere, la lungaggine procedurale non tollerabile collegata alla mera adozione di atti prodromici; l'atto che solo in via teorica accoglie la prospettiva del ricorrente ma in realtà appone riserve o condizioni, o clausole che rendano l'interesse azionato povero di tutela, al fine di confermare sostanzialmente la posizione risultata già soccombente in giudizio, con motivazione che appare, alla luce del giudicato, pretestuosa, insufficiente, inconsistente, irragionevole o defatigatoria¹¹⁰.

Recentemente si è occupato dell'elusione del giudicato un acuto Autore, che ritiene tuttora valida "la nozione di elusione come contenitore dell'ottemperanza imperfetta o inesatta, da valere, inoltre, come sanzione sul piano del diritto sostanziale"¹¹¹.

Laddove l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione, ma autonomamente lesivo, perché copre spazi lasciati vuoti dal giudicato, almeno fino all'entrata in vigore del codice l'azione corretta appare essere solo quella che si svolge con il ricorso ordinario, non essendo consentito al giudice amministrativo di invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata all'amministrazione esercitando la giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dar luogo solo alla normale giurisdizione di legittimità¹¹².

10. Il giudizio di ottemperanza nelle disposizioni del codice del processo amministrativo e successive integrazioni.

Il giudizio di ottemperanza è disciplinato nell'art. 7, comma 6, nell'art. 14, comma 3; nell'art. 21; nell'art. 31, comma 4; nell'art. 34, comma 1 lett. d ed e; nell'art. 59¹¹³;

¹⁰⁹ Cons. St. Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 369, che ritiene inadeguata la motivazione fornita dall'amministrazione nell'atto rinnovato a seguito di annullamento per difetto di motivazione, per essere stata del tutto obliterata la prospettiva giuridica sostanziale tracciata dalla decisione, non fornendo alcuna valida ragione del mancato ricorso alla precedente ed ancor valida graduatoria, eludendo pertanto le esigenze affermate dal "dictum" giudiziale.

¹¹⁰ G. Montedoro, La violazione e l'elusione del giudicato, 2007, in internet.

¹¹¹ Stefano S. Scoca, Violazione ed elusione del giudicato: differenza anodina o utile?, Giustamm.it, novembre 2012.

¹¹² Cass. S. U 15 marzo 1999, n.137; 19 luglio 2006, n. 1649 ; 31 ottobre 2008, n. 26302.

¹¹³ Detta disposizione riguarda l'esecuzione delle misure cautelari nel caso in cui i provvedimenti cautelari non siano eseguiti in tutto o in parte, con esercizio da parte del Tribunale dei poteri inerenti

nell'art. 87, commi 2 lett.d, e 3; negli artt.112-115 , nell'art. 133, comma 1 lett.a n.5; nell'art.134, comma 1 lett.a, del d. lgs 2 luglio 2010, n.104 e successive integrazioni¹¹⁴. Occorre premettere che nel progetto iniziale predisposto dall'apposita Commissione di cui all'art. 44 della legge delega 18 giugno 2009 n. 69, era stato previsto "il processo di esecuzione" (artt. 123-126), la cui disciplina è poi stata sostanzialmente trasfusa negli artt. 112-115 del c.p.a. che disciplinano il "giudizio di ottemperanza".

Si tratta di un giusto adeguamento del linguaggio legislativo in relazione alla sostanza del giudizio in esame, caratterizzato da un'attuazione in senso ampio delle pronunce con spazi anche cognitori e non da mera esecuzione¹¹⁵.

La disciplina prevista per il giudizio di ottemperanza raggruppa perciò azioni diverse di cui alcune strettamente esecutive ed altre di natura cognitoria o miste, il cui presupposto comune è rappresentato da una sentenza passata in giudicato (o solo esecutiva, limitatamente alle sentenze del giudice amministrativo), assegnando in linea di massima al giudice dell'ottemperanza il compito di giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al *decisum*. Tale disciplina è sinteticamente la seguente:

- l'azione si può proporre anche senza previa diffida (ritenendosi di conseguenza non più necessario l'adempimento della messa in mora, salva la facoltà rimessa alla parte di effettuarla) ma con ricorso notificato¹¹⁶ all'amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta (art.114, comma 1); notifica già nella prassi richiesta negli ultimi tempi¹¹⁷;
- sono precisati (artt. 112, comma 5, e 114, comma 6), i presupposti per il giudizio di ottemperanza (richiesta di chiarimenti sulle modalità di ottemperanza; violazione o elusione del giudicato e qualsiasi questione relativa all'ottemperanza);

al giudizio di ottemperanza e provvedendo con ordinanza (art.114, comma 5).Per quanto concerne detto argomento si rinvia al recente scritto di G. Sabato, Il giudicato cautelare, nel sito del Consiglio di Stato, ottobre 2012.

¹¹⁴ Il Primo decreto correttivo è stato approvato con il d. lgs. 15 novembre 2011, n. 195. Il secondo correttivo (d. lgs 14 settembre 2012, n. 160) non contiene disposizioni integrative relativamente al giudizio di ottemperanza.

¹¹⁵Corte cost.12 dicembre 1998, n. 406.

¹¹⁶ E' stato precisato che il giudizio di ottemperanza in quanto nuovo giudizio, va notificato alla parte nel domicilio reale a nulla rilevando l'elezione di domicilio effettuata nella fase cognitoria (Cons. St. sez. V, 23 febbraio 2012, n.1060).

¹¹⁷E' stato giustamente osservato, prima del c.p.a., che la pur perdurante vigenza degli artt. 90 e 91 d.r. nr. 642 del 1924 non esclude la necessità che sia assicurato il contraddittorio tra le parti in considerazione del carattere contenzioso assunto da dal giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2004, n.. 5584; sez. IV 17 dicembre 2008, n.6254).

-è mantenuta la configurazione del giudizio di ottemperanza come giudizio nel quale è costantemente presente, per l'intera durata nel processo, il giudice, che ha il compito di dare attuazione concreta ai precetti contenuti nella sentenza da eseguire (artt. 34, comma 1 lett d ed e; 114, commi 4-7;

-viene confermata l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione anche in merito per il giudizio di ottemperanza, con possibilità di procedere sia alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o all'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione (art.114, comma 4 lett.a), sia di sostituirsi all'amministrazione (artt. 7, comma 6, e 134, comma 1 lett.a), anche nominando come proprio ausiliario un commissario ad acta (artt.21, 34, comma 1 lett. e, 114, comma 4 lett. d);

-è confermato il rito della camera di consiglio (art. 87, comma 2 lett. lett.d), ma non viene espressamente consentito alle parti di richiedere l'udienza pubblica, essendo stato abrogato l'art. 27 L.n1034/1971, che lo prevedeva, dall'art. 4 allegato 4 D. lgs n.104/2010, ma tale facoltà sembra persistere in base ai principi generali del giusto processo;

-sono ridotti alla metà tutti i termini processuali rispetto al processo ordinario (per cui il ricorso deve essere depositato nel termine di 15 giorni dall'ultima notificazione utile¹¹⁸) per velocizzare il suo iter, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti (art. 87. comma 3), il che vale anche per l'appello in materia di ottemperanza per effetto dell'art. 38 c.p.a¹¹⁹, prevedendosi inoltre la decisione con sentenza in forma semplificata¹²⁰ (art.114, comma 3);

-è confermato, in adesione all'orientamento giurisprudenziale consolidato, che l'azione di ottemperanza è proponibile entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza con procedura unica (art.114. commi 1 e 2), anche se duttile e adattabile alle diverse situazioni, rivolta all'attuazione del giudicato e dei provvedimenti esecutivi, che vengono raggruppati in cinque categorie: sentenze giudice amministrativo passate in giudicato; sentenze esecutive ed altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo; sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti ad esse equiparati

¹¹⁸ Cons. St. sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5246.

¹¹⁹ Cons. St. sez. V, 6 agosto 2012, n.4516.

¹²⁰ L'art. 9 legge n.205/2000 ha previsto in generale la decisione in forma semplificata (che comporta una motivazione succinta) in presenza dei presupposti di manifesta fondatezza ovvero manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso e perciò anche per il giudizio di ottemperanza qualora ne sussistessero i menzionati presupposti. Ora invece è prescritta comunque la sentenza in forma semplificata per il giudizio di ottemperanza.

del giudice ordinario; sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza; i lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (art.112);

-viene previsto l'obbligo di eseguire i provvedimenti del giudice amministrativo non solo a carico dell'amministrazione ma anche delle "altre parti"¹²¹ (art.112, comma 1);

-è precisato che per l'esecuzione del giudicato dei giudici ordinari e speciali e altri provvedimenti equiparati nonché dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili, occorre che l'obbligo di conformarsi sia a carico di una pubblica amministrazione o di un soggetto ad essa equiparato (art.112, comma 2, lett, c, d, e);

-viene espressamente ampliata la sfera cognitoria del giudizio di ottemperanza consentendosi nel suo ambito, entro certi limiti, anche l'azione di risarcimento del danno (art.112, comma 3), considerata la tradizionale natura "mista" del giudizio di ottemperanza, che non è pura esecuzione, ma presenta fisiologici momenti di cognizione sia pure entro le coordinate del decisum;

-viene esplicitamente consentita l'azione per tutte le questioni relative all'ottemperanza (art.114, comma 6), anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle "modalità di ottemperanza"¹²², cui è legittimato anche il commissario ad acta (artt.112, comma 5; 114, comma 7);

-sono confermate le norme sulla ripartizione della competenza, che sono funzionalmente inderogabili (artt.14, comma 3, e 113), in base alle quali il giudice dell'ottemperanza è lo stesso da cui è scaturita la regola juris da attuare per le sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (art.113, comma 1)¹²³. Invece per le sentenze passate in giudicato e provvedimenti

¹²¹ Cons. St. sez. V, 20 marzo 2012, n. 1570; TAR Sicilia-Catania, 24 maggio 2012, n. 1312; TAR Puglia, Bari, 11 luglio 2012, n.1410.

¹²² Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, ha precisato che nel giudizio di ottemperanza i chiarimenti non si possono fornire in ordine a modalità di azione che non siano di esecuzione del giudicato. Inoltre, i chiarimenti debbono possedere i requisiti della concretezza e della rilevanza e non possono riguardare questioni di carattere generale sull'esecuzione di qualsivoglia giudicato (cons. St. sez. VI, 25 ottobre 2012, n.5469). La richiesta di chiarimenti, inoltre, pur se inquadrata nell'ambito del giudizio di ottemperanza, presenta specifica natura cognitoria in quanto volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza e/o del provvedimento ad essa equiparato (Cons. St. sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 5488).

¹²³ Recentemente è stata rimessa all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se l'ottemperanza della decisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica debba essere proposta davanti al TAR o al Consiglio di Stato con l'ordinanza sez. VI 1 febbraio 2013 n. 637, ma il dubbio deve ritenersi risolto per effetto della sentenza Cass. S. U Cass. S. U. 19 dicembre 2012, n.23464, che ha operato l'equiparazione tra decisione del ricorso straordinario e la decisione

equiparati di altri giudici occorre rivolgersi al TAR nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza ottemperanda (art.113,comma2);

-sono precisati i poteri spettanti al giudice di ottemperanza, modulati in relazione alle varie situazioni, che può adottare direttamente, o tramite commissario ad acta, i provvedimenti attuativi, nonché l'ambito delle questioni sottoponibili al giudice di ottemperanza (artt.114 , 34, comma 1 lett.d ed e);

-viene confermato il potere del giudice dell'ottemperanza di dichiarare nulli gli eventuali atti adottati dall'amministrazione in violazione o elusione del giudicato (art.114, comma 4 lett.b)¹²⁴ con attribuzione in tale materia anche della giurisdizione esclusiva (art.133, lett.a n.5) , escludendosi in tal caso, implicitamente, la facoltà di proporre in via autonoma l'azione di nullità di cui all'art. 31 comma 4, primo e secondo periodo (art.31, comma 4, ultimo periodo)¹²⁵;

-sono tradotte in norme positive le regole pretorie in tema di commissario ad acta (art.21, art 34, comma 1 lett. e, art.114, comma4 lett.d) e il regime di tutela nei confronti dei suoi atti, di cui conosce il giudice dell'ottemperanza, se si tratta di

giurisdizionale del Consiglio di Stato, con conseguente applicabilità dell'art.113, comma 1 e non del comma 2 ai fini del giudice competente sull'ottemperanza. Tanto è vero che con A. P. 6 maggio 2013, n.9 è stato deciso che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica "il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta".

¹²⁴ In tal senso già l'art. 21 septies legge n. 241/1990, come integrato dall'art. 14 legge n.15/2005.

¹²⁵ Prima dell'entrata in vigore del codice, il giudice amministrativo si era pronunciato per la cumulabilità dei due rimedi anche in diversi gradi di giudizio, salvo le conseguenze derivanti dalla sentenza assunta per prima (Cons. St. sez. V, 8 febbraio 2010, n. 556), ma ora è dubbio se sulla base dell'art. 31, comma 4 ultimo periodo, del codice sembra necessario chiedere la nullità dell'atto violativo o elusivo del giudicato esclusivamente con il giudizio di ottemperanza (Tar Liguria, sez.2, 10 maggio 2012, n.650).

Sulla questione è recentemente intervenuta una sentenza del TAR Lombardia Milano, sez. III, 21 maggio 2012, n.1380 la quale , pur in presenza di opinioni contrarie (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011 n. 3078) ha ritenuto condivisibile l'orientamento secondo il quale, in applicazione (in passato dell'art. 21 septies, secondo comma, della legge n. 241/90 ed oggi) dell'art. 133, lett. a), n. 5), c.p.a., è possibile dedurre in sede di cognizione il vizio di nullità del provvedimento per contrarietà al giudicato amministrativo (cfr. C.G.A., sez. giurisd.,19 marzo 2010, n. 401; T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 28 settembre 2011 n. 1598), dovendo essere lasciata alla parte la scelta se avvalersi dei rimedi propri del giudizio di ottemperanza, di cui all'art. 114, secondo comma, c.p.a. (funzionali all'adeguamento della situazione reale di fatto e giuridica al decisum), ovvero se accontentarsi della proposizione dell'azione dichiarativa dinullità dell'atto in sede di cognizione, eventualmente accompagnata dall'azione risarcitoria .

questioni sollevate dalle parti in relazione alle quali si è formato il giudicato e il giudice di primo grado con rito ordinario se sollevate da terzi (art.114, comma 6);
-è introdotta, per stimolare la sollecita esecuzione del giudicato, la penalità di mora, prevedendosi, salvo che ciò non sia manifestamente iniquo e non sussistano altre ragioni ostantive, che il giudice dell'ottemperanza fissi, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo (art.114,comma 4 lett.e);
-è sancita la non necessità della formula esecutiva per i provvedimenti che dispongono il pagamento di somme di denaro ai fini del giudizio di ottemperanza (art.115, comma 3).

11.Sentenze e provvedimenti suscettibili di ottemperanza e modulazione dei poteri di decisione offerti al giudice dell'ottemperanza.

a)Con riferimento al giudice amministrativo occorre distinguere le sentenze passate in giudicato e le sentenze esecutive insieme agli altri provvedimenti esecutivi.

In caso di sentenze passate in giudicato, cui ora deve ritenersi equiparato il provvedimento decisorio del ricorso straordinario del Capo dello Stato o del Presidente della regione Sicilia (art. 112, comma 2 lett. d) ¹²⁶, il giudice:

¹²⁶ L'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti della decisione di accoglimento del ricorso straordinario, che era stata risolta in senso negativo prima delle modifiche apportate dall'art. 69 legge 18 giugno 2009 n.69 e dell'introduzione del c.p.a., ha ora ottenuto il consenso della Corte di cassazione (S.U. 28 gennaio 2011, n.2065; 7 giugno 2012, n. 9183) e del Consiglio di Stato (sez. VI 10 giugno 2011, n. 3513 e A. P. 5 giugno 2012, n.18) in considerazione delle novità intervenute che hanno rafforzato il carattere giustiziale del ricorso (potere di sollevare la questione di costituzionalità e di proporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato in occasione del parere da esprimere; carattere vincolante di tale parere ai fini della decisione del Capo dello Stato).

Nella citate decisioni della Suprema Corte si è osservato, in particolare, che la nuova regolamentazione normativa intesa alla "assimilazione" del rimedio straordinario a quello giurisdizionale, pur nella diversità formale del procedimento e dell'atto conclusivo, non può non assicurare una tutela effettiva del tutto simile, poiché, una volta che si riconoscano poteri decisori, su determinate controversie, formalmente diversi, ma analoghi, rispetto a quelli della giurisdizione, infrangerebbe la coerenza del sistema una regolamentazione affatto inidonea alla tutela effettiva dei diritti e tale da condurre, in spregio al dettato degli artt. 2 e 3 Cost., a creare una tutela debole.

Tale assimilazione ha indotto poi la Suprema Corte a riconoscere l'esperibilità del ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione avverso le decisioni del ricorso straordinario (Cass. S. U. 19 dicembre 2012, n.23464 e relativo commento di P. Quinto "Le Sezioni Unite certificano la funzione giurisdizionale del ricorso straordinario" nel sito del Consiglio di Stato, gennaio 2013.

-ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità per assicurarne l'attuazione¹²⁷, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;

-nomina, ove occorra, un commissario ad acta;

-dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato¹²⁸;

-su richiesta di parte e in presenza dei relativi presupposti stabilisce la penalità di mora;

In caso di sentenze esecutive e di altri provvedimenti esecutivi, il giudice:

-determina le modalità esecutive;

-considera inefficaci, senza poterli dichiarare nulli, gli atti emessi in violazione o elusione (della sentenza esecutiva) e provvede di conseguenza (in relazione alla ritenuta inefficacia), tenendo conto degli effetti che ne derivano.

Sembra discenderne, a contrario, che in tal caso il giudice non può determinare il contenuto discrezionale del provvedimento emanando e non può emanarlo in sostituzione dell'amministrazione, dovendosi limitare a chiarire solo gli aspetti esecutivi della sentenza.

Ma può, argomentando ex art.34, comma 1 lett.c ed e, disporre le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, nominando eventualmente un commissario ad acta per l'adempimento, con effetto da un termine assegnato.

Evidentemente, se sussiste qualche adempimento esecutivo a carico dell'amministrazione, nei relativi limiti può disporre, a richiesta di parte, anche la penalità di mora.

¹²⁷ Cass. S. U. 22 maggio 2012, n.8071, ha riconosciuto come rientranti nei limiti della giurisdizione affidata al giudice amministrativo le modalità di attuazione in quel caso prescritte dal Consiglio di Stato con riferimento al rinnovo della commissione esaminatrice al fine di assicurare condizioni oggettive di imparzialità nel caso che la precedente commissione abbia violato il giudicato. Peraltro, è stato precisato che l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso di gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura (Cons. St. A. P. 26 luglio 2012, n.30).

¹²⁸ Solo recentemente è prevalsa la tesi della nullità degli atti amministrativi adottati in violazione o elusione del giudicato (art.21 septies L.7 agosto 1990 n.241, aggiunto dalla L.11 febbraio 2005, n. 15) in quanto in precedenza si riteneva che la nullità fosse in contrasto con i principi generali in tema di efficacia giuridica degli atti amministrativi, atteso che l'inosservanza del giudicato non comporterebbe l'esercizio di un potere inesistente ma il superamento dei limiti al potere discrezionale di attuazione del decisum spettante all'amministrazione (Cons. St. sez. V, 31 marzo 1992, n. 269).

In precedenza, la giurisprudenza, tenendo conto anche di quella anteriore all'entrata in vigore dell'art. 10 legge n. 205/2000 (che ha previsto espressamente l'esecuzione delle sentenze dei TAR, non sospese in appello), è stata piuttosto incerta. Infatti, a parte il riconoscimento unanime del venir meno dell'efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo ormai annullato dalla sentenza di primo grado, un primo orientamento riteneva che sarebbero del tutto esclusi gli effetti conformativi e ripristinatori in quanto condizionati al passaggio in giudicato della sentenza. Ma nell'ambito di questo filone restrittivo, si era ammessa poi la tutela cautelare per la conservazione provvisoria degli effetti esecutivi della sentenza di primo grado con ricorso da proporre allo stesso TAR che aveva pronunciato la sentenza esecutiva¹²⁹. Altro filone giurisprudenziale aveva ammesso gli effetti ripristinatori e conformativi sia pure in via provvisoria, ma escludendo dall'esecutività l'emanazione di atti connessi ai residui poteri discrezionali dell'amministrazione o con riguardo all'emanazione di atti con effetti irreversibili¹³⁰. Intervenuto l'art. 10 L. n.205/2000, l'attenzione della giurisprudenza si è concentrata a determinare " i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato", attribuiti da detta disposizione al TAR per le sentenze non sospese, ma la genericità della disposizione ha provocato ulteriori aspetti problematici.

In linea di massima, la giurisprudenza si è mostrata favorevole ad anticipare l'esecuzione coattiva della sentenza di primo grado sotto tutti gli aspetti anche per gli effetti irreversibili, dal momento che la rilevanza degli interessi in conflitto, con la rappresentazione degli eventuali effetti irreversibili, avrebbe potuto manifestarsi semmai in appello al fine di ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza del TAR¹³¹.

Ma altro orientamento, più prudente, ha escluso dall'esecutività proprio gli effetti irreversibili, dovendosi considerare che la sentenza esecutiva potrebbe essere riformata, con travolgimento della provvisoria esecuzione effettuata¹³².

Per quanto concerne l'impugnazione delle sentenze TAR in materia di ottemperanza bisogna rammentare il principio secondo cui è pacifica l'inappellabilità delle sentenze, emesse in sede di ottemperanza, ove il vaglio giurisdizionale richiesto investa la conformazione dell'attività amministrativa al giudicato e non questioni di natura cognitoria, inerenti l'esatta individuazione del senso e della portata della pronuncia da

¹²⁹ Cons. St. sez. V 25 giugno 2007, n.3654, che espone diffusamente l'incertezza giurisprudenziale prima dell'art. 10 l.n..205/2000.

¹³⁰ Cons. St. sez. IV 20 aprile 1999, n. 673

¹³¹ Cons. St. sez. V n.3654/2007, già citata.

¹³² Cons. St. sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20; TAR Lombardia-Brescia, .18 maggio 2012, n. 836 (che ammette misure attuative non irreversibili).

eseguire e, perciò, quando le sentenze rechino soltanto mere statuizioni esecutive della sentenza da ottemperare .

Ciò si verifica nel caso di sentenza di primo grado che non reca alcuna statuizione sul significato e la portata della decisione da eseguire, né in ordine alla verifica del presupposto del passaggio in giudicato o sul contenuto eventualmente elusivo dei provvedimenti assunti dall'Amministrazione, venendo disposte esclusivamente misure esecutive consistenti nella sola fissazione del termine per eseguire e nella nomina del Commissario ad acta¹³³.

Con riferimento al giudicato cautelare, è stato osservato che l'art. 114, comma 4, lett. c), prevede che in caso di accoglimento del ricorso il giudice possa pronunciare l'inefficacia degli atti emessi in violazione od elusione di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti; confermandosi, quindi, la tesi della nullità degli atti derivante dalla violazione di un "giudicato" cautelare¹³⁴.

b) Con riferimento agli altri giudici (giudice ordinario e altri giudici per il quali non sia previsto l'autonomo rimedio dell'ottemperanza) occorrono sentenze passate in giudicato o altri provvedimenti ad esse equiparati¹³⁵.

Per cui non è sufficiente una sentenza esecutiva e stabilire se occorre o meno una sentenza passata in giudicato per l'ottemperanza è aspetto che è stato riconosciuto spettare al potere discrezionale del legislatore in considerazione della diversità esistente tra i procedimenti esecutivi davanti al giudice ordinario ed il ricorso per l'ottemperanza¹³⁶.

Inoltre, nel caso in cui il giudizio di ottemperanza attiene ad un giudicato formatosi davanti ad un giudice diverso da quello dell'ottemperanza, il giudice amministrativo non può svolgere un potere integrativo del giudicato ed il relativo potere interpretativo non può che svolgersi sulla base di elementi interni al giudicato stesso e non in relazione ad elementi esterni, la cui eventuale valutazione, se ancora ammissibile, rientrerebbe nella giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza¹³⁷.

¹³³ Cons. St. sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2986; sez. VI 2 maggio 2012, n. 2517, 28.1.2013, n. 510.

¹³⁴ Cons. St. sez. V, 7 giugno 2013, n.3133.

¹³⁵ Prima del c.p.a. è stato ammesso al giudizio di ottemperanza il decreto ingiuntivo non opposto (Cons. St. sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3031; sez. V 5 settembre 2009, n.599), Recentemente è intervenuto orientamento favorevole anche per l'ordinanza di assegnazione del credito resa ai sensi dell'art. 533 c.p.c. (Cons. St. A. P., 10 aprile 2012 n.2) e per i decreti che concedono l'equa riparaione ex art.3 l.24 marzo 2001, n. 89 (TRGA Trento, 11 maggio 2012, n. 149; Cons. St. sez. IV, 28 ottobre 2013, n.5182).

¹³⁶ Corte cost., ord. 18 marzo 2005, n. 222

¹³⁷ Cons. St. sez. VI 10 maggio 2011 n. 2757 e 21 dicembre 2011, n. 6773; Cass. S. U. 27 dicembre 2011, n. 28812.

12. La domanda di risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza.

Si è a lungo dibattuto, prima del codice, della possibilità di introdurre un'azione risarcitoria nel giudizio di ottemperanza.

La difficoltà era costituita dal fatto che si trattava di domanda che non aveva formato oggetto di esame nella sentenza da attuare¹³⁸, a parte il problema del doppio grado di giudizio nel caso in cui si trattasse di giudizio di competenza in unico grado del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 37 l. n.1034/1971¹³⁹.

Di conseguenza, la giurisprudenza prevalente aveva reputato che la domanda risarcitoria non potesse comunque proporsi nel successivo giudizio di ottemperanza.¹⁴⁰

L'unico temperamento ammesso era costituito dalla possibilità di "convertire" il rito di ottemperanza in giudizio di cognizione, nei soli casi in cui la domanda risarcitoria fosse stata proposta dinanzi al TAR e ne sussistessero i presupposti richiesti per il ricorso ordinario.

Si era però affermata da una parte della giurisprudenza l'apertura all'azione risarcitoria riferita al solo danno che si fosse verificato successivamente alla formazione del giudicato a causa del ritardo nell'esecuzione della sentenza stessa¹⁴¹.

L'art. 112 c.p.a, a seguito delle modifiche introdotte dal primo correttivo, prevede l'ammissibilità, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, dell'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione.

In sintesi detta normativa conferma l'idea di fondo secondo cui nel giudizio di ottemperanza vi è largo spazio per un momento di cognizione ulteriore.

In particolare, il comma 3, considera la domanda di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi "maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza", che è strettamente accessoria all'accertamento dell'obbligo di pagare una somma di denaro, determinata dalla sentenza oggetto di ottemperanza.

¹³⁸ Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49, sez. V 28 maggio 2009, n. 3269

¹³⁹ Quest'ultimo però non è aspetto insormontabile in quanto l'art. 125 Cost. impedisce al legislatore di attribuire al TAR competenze giurisdizionali in unico grado ma non preclude di assegnare direttamente al Consiglio di Stato competenze specifiche (Corte cost. ord. 31 marzo 1988, n. 395; Cons. St. sez. V, 7 febbraio 2012, n.661).

¹⁴⁰ Cons. St. sez. V, 8 settembre 2008, n.4276; sez. VI, 11 novembre 2010, n.8008

¹⁴¹ Cons. St. sez. V, 21 giugno 2006, n. 849; 4 marzo 2008, n. 849.

Vi è, poi, l'ipotesi della domanda di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità di esecuzione o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato e quella relativa alla sua violazione o elusione già ammessa da una parte della giurisprudenza anteriormente al codice trattandosi di aspetto successivo strettamente correlato al dovere di esecuzione del giudicato¹⁴².

Peraltro, stante la diversa natura del danno risarcibile nell'ambito del giudizio di ottemperanza, occorre distinguere le diverse ipotesi previste dall'art. 112, comma 3: se il risarcimento del danno corrisponde ad una riparazione per equivalente della lesione subita dalla posizione sostanziale, per la quale non è più possibile la reintegrazione in forma specifica, non vi è alcuna ragione per ritenere che l'esercizio di tale azione risponda a termini di prescrizione diversi da quelli in generale previsti per l'actio iudicati, né che detto termine abbia diversa decorrenza.

Al contrario, qualora oggetto della domanda di risarcimento, pur proposta in sede di ottemperanza, siano danni causati da attività ulteriore o inerzia dell'amministrazione (come nel caso di danno autonomamente ed ex novo derivante dal provvedimento adottato in elusione o violazione di giudicato), il termine di prescrizione per illecito (extracontrattuale) è quinquennale e non può che decorrere dall'evento causativo di danno¹⁴³.

E' stato chiarito dal primo correttivo, mediante l'abrogazione dell'equivoco art.112 comma 4, che il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 5 (che prevede l'ammissibilità della domanda risarcitoria nel corso del giudizio di annullamento o nel termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza) deve essere chiesto comunque con ricorso ordinario al giudice di primo grado¹⁴⁴.

E' stato precisato recentemente che in sede di esecuzione del giudicato, di una sentenza in cui vi sia stata condanna solidale di più amministrazioni coinvolte al risarcimento del danno, che concerne il lato esterno del rapporto obbligatorio, non può essere esaminata una domanda di graduazione interna della responsabilità, la quale introduce una questione di cognizione, che peraltro non assume rilievo nel giudizio di esecuzione

¹⁴² Cons. St. sez. V, 12 giugno 2012, n. 3443.

Recentemente; Cons. St. sez. V 12 novembre 2012, n.5708, ha precisato che la tutela reintegratoria prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. ha ad oggetto solo il pregiudizio cagionato dalla mancata esecuzione del giudicato e non richiede l'addebitabilità dell'inesecuzione o dell'impossibilità di attuazione a colpa della pubblica amministrazione.

¹⁴² Cons. St. sez. VI, 4 settembre 2012, n.4683.

¹⁴³ Cons. St. sez. IV, 16 gennaio 2013, n.258.

¹⁴⁴ Cons. St. sez. VI, 4 settembre 2012, n.4683.

volto ad assicurare la soddisfazione del creditore nei confronti dei condebitori chiamati a rispondere per intero in quanto tenuti per il vincolo di solidarietà¹⁴⁵

13. La penalità di mora.

L'istituto di cui all'art. 114, comma 4 lett. e, costituisce una novità del processo amministrativo italiano, ma già era presente nei processi amministrativi francese (ASTREINTE)¹⁴⁶ e tedesco (ZWANGSGELD)¹⁴⁷, i quali non prevedono in caso di inottemperanza del giudicato amministrativo la sostituzione del giudice amministrativo all'autorità amministrativa in osservanza di un rigido principio di divisione dei poteri applicato in quegli ordinamenti, ma predispongono misure indirette di coazione, essenzialmente di carattere preventivo¹⁴⁸.

Inoltre, era stato già introdotto con l'art. 614 bis nel nostro c.p.c. dall'art. 49, comma 1 della legge n. 69/2009, che si intitola "attuazione degli obblighi di fare infungibile o non fare"

La questione che si è posta è stata quella di stabilire se la misura prevista dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a., che presuppone comunque una richiesta di parte, è ammissibile solo nel caso di obblighi di fare infungibile o non fare oppure anche per il pagamento di somme di danaro. La risposta è stata generalmente negativa da parte dei TAR, considerandosi l'iniquità del pagamento di una somma di danaro ulteriore per il ritardo rispetto alla tutela già offerta dall'ordinamento per le obbligazioni pecuniarie¹⁴⁹. L'orientamento è stato invece favorevole da parte del giudice di appello, rilevandosi che l'art. 114, comma 4 lett. e, è caratterizzato da importanti differenze

¹⁴⁵ Cons. St. sez. V, 20 aprile 2012, n. 2347.

¹⁴⁶ Il giudice amministrativo francese ha ampi poteri discrezionali per stabilire se l'ammenda, una volta chiesta dalla parte, vada comminata o meno a carico dell'amministrazione inadempiente, potendo anche graduarla in provvisoria e definitiva.

¹⁴⁷ Il giudice amministrativo tedesco può stabilire l'ammenda a carico dell'amministrazione inadempiente fino all'importo di euro 10.000, e la può anche rinnovare, ma essa viene devoluta normalmente all'erario statale e solo eccezionalmente al privato.

¹⁴⁸ F. Secchi, tesi dottorato su "L'esecuzione del giudicato nell'esperienza italiana e tedesca", anno accademico 2008/2009, in internet. Peraltro, negli ultimi tempi (di recente in Germania, ma più diffusamente in Spagna) si è dovuto postulare, comunque, uno spazio residuale per interventi sostitutivi del giudice, al fine di garantire l'esito della funzione giurisdizionale anche rispetto a un'amministrazione fermamente determinata a non adempiere (A. Travi, *Giudizio di ottemperanza*, Treccani, Diritto on line 2013).

¹⁴⁹ TAR Campania- Napoli, 15 aprile 2011, n. 2162; TAR Lazio-Roma, 29 dicembre 2011, n. 10305, 18 ottobre 2013, n. 9028 e 4 novembre 2013, n. 9362.

rispetto alla previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c., (applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibile o di non fare).

La citata misura assolverebbe infatti ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non è volta a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento. Per cui nel processo amministrativo l'istituto presenterebbe un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto non è stata riprodotta la riferibilità agli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Detta soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non trova, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario. Ne deriva che, nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile mentre del rimedio processuale civilistico condivide la generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza¹⁵⁰.

La misura della sanzione va effettuata, in difetto di precisazioni sul punto da parte del codice del processo amministrativo, ai parametri di cui all'art. 614 bis del codice di procedura civile, e si deve valutare in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto¹⁵¹.

La misura può essere applicata anche a carico di parte diversa dall'amministrazione, tenuto conto che la norma si riferisce alla "parte resistente", che può essere anche un controinteressato.

Resta però il problema di stabilire se nell'eventuale determinazione del risarcimento del danno dovuto alla parte vittoriosa non si debba tener conto anche di quanto ricevuto a titolo di penalità di mora, considerando che il giudice deve valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

14. Rimessione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del quesito sui rimedi esperibili avverso gli atti rinnovati dall'amministrazione a seguito del giudicato (Cons. St. sez. VI, ordinanza 5 aprile 2012, n. n.2024).

¹⁵⁰ Cons. St. sez. V, 20 dicembre 2011, n.6688; TAR Puglia, Bari, sez. III, 26.1.2012, n. 254; Cons. St. sez. VI 4 settembre 2012, n.4683; TAR Lazio sez. I, 24 ottobre 2012, n. 8746. .

¹⁵¹ Cons. St, sez. V, 14 maggio 2012, n.2744.

Il Codice del processo amministrativo appare orientato per la concentrazione nel giudizio di ottemperanza delle questioni che insorgono in relazione all'attuazione del giudicato, stabilendo che il giudice amministrativo conosce di "tutte le questioni relative all'ottemperanza" nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, "di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta". Ma il problema è di stabilire i rimedi esperibili avverso gli atti rinnovati (dall'amministrazione o dal commissario ad acta) che in qualche modo esorbitano dall'ambito predefinito del giudicato e quindi fuoriescono dalle "questioni relative all'ottemperanza".

Recentemente, a seguito delle nuove disposizioni del codice e decreto correttivo, la questione dell'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza in caso di un rinnovato esito negativo, con particolare riferimento a giudizi tecnico-valutativi di una commissione di concorso, è stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la menzionata ordinanza.

L'ordinanza in particolare pone il dubbio - che rimette all'esame dell'Adunanza plenaria- se tale esigenza di concentrazione possa essere spinta sino al punto di affermare che qualsivoglia provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, ma in contrasto con la soddisfazione del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al (solo) giudice dell'ottemperanza.

Laddove l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione, ma autonomamente lesivo, perché copre spazi lasciati vuoti dal giudicato, l'azione corretta -secondo l'orientamento prevalente finora e la prima giurisprudenza successiva al codice- è quella che si svolge con il ricorso ordinario.

Invero, anche dopo l'entrata in vigore del Codice, si è osservato che oggetto del giudizio di ottemperanza non sia un qualsivoglia provvedimento amministrativo adottato dopo la sentenza del giudice e relativo al contenzioso oggetto del pregresso giudizio di cognizione, ma la verifica della corretta attuazione del giudicato (art. 34, comma 1, lett. e); art. 112, comma 1, c.p.a.), e dunque la verifica se il soggetto obbligato ad eseguire la sentenza vi abbia o meno dato puntuale esecuzione¹⁵²; che affinché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto di interessi definito dalla pronuncia, essendo necessario che l'amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già svolta illegittimamente, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato

¹⁵² Cons. Stato, sez.VI, 15 novembre 2010, n. 8053; sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078; TAR Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n.1799.

oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da sviamento di potere¹⁵³.

L'ordinanza riconosce espressamente la difficoltà di rinvenire per la sentenza amministrativa un criterio unico per individuare il discrimine tra violazione o elusione del giudicato, e violazione nuova e autonoma, e determinare quali siano gli spazi liberi lasciati a una valutazione autonoma dell'amministrazione. Tenta comunque di rinvenire, con esemplificazione casistica, categorie generali di tipologie di vizi dell'azione amministrativa su cui incide il giudicato.

Tali categorie sono così individuate:

-caso in cui il giudicato annulli il provvedimento solo per vizi formali, è indubbio che resta spazio pieno per il rinnovo della valutazione dell'amministrazione nei suoi elementi sostanziali. In siffatta ipotesi, se l'Amministrazione elimina i vizi formali, ma ciononostante adotta un provvedimento non satisfattivo, si determina non una violazione o elusione del giudicato, ma eventualmente una illegittimità autonoma;

-analogo esito vale allorchè nei giudizi avverso il silenzio inadempimento, il giudice si limiti a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza impartire prescrizioni e direttive. In siffatta evenienza, il provvedimento espresso non satisfattivo, non dà luogo a inottemperanza, ma ad un atto autonomamente lesivo e, eventualmente, viziato, da contestare con il ricorso impugnatorio ordinario¹⁵⁴;

-nell'ipotesi in cui all'amministrazione residui il riesercizio di poteri discrezionali nei limiti non coperti dal giudicato, l'amministrazione potrà individuare ulteriori elementi sfavorevoli all'interessato, per reiterare il provvedimento negativo, purché lo faccia in una volta sola, in quanto occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva per il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda ripetutamente all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del

¹⁵³ Cons. St. sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037.

¹⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2010, n. 8053, la quale precisa che la decisione di cui oggi si chiede l'ottemperanza, ha dichiarato l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza di autorizzazione, ritenendo illegittimo l'arresto procedimentale motivato dalla mancata adozione da parte delle Regioni italiane dei c.d. piani di coesistenza tra colture transgeniche, biologiche e convenzionali. Il bene della vita riconosciuto dalla decisione è stato pertanto il diritto alla conclusione del procedimento – illegittimamente arrestato – con un provvedimento amministrativo espresso, da adottarsi nel rispetto delle norme vigenti, e non invece, come sostiene parte ricorrente, il diritto alla conclusione del procedimento con un provvedimento senz'altro favorevole.

giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato¹⁵⁵;

-nel caso di reiterazione di un'attività vincolata, o di un'attività valutativa da parte di commissioni (in concorsi, gare, esami), in sede di rinnovazione del giudizio non è consentito rivisitare, in senso peggiorativo per l'originario ricorrente vittorioso, elementi incontrovertibili rimasti al di fuori del perimetro del giudicato, salvi i casi dell'autotutela (al fine di rimuovere l'atto per ragioni diverse da quelle indicate dal giudicato) o dell'enucleazione di cause ostative legali (p.es. cause di esclusione da gare o concorsi).

Perciò, la pubblica amministrazione in quest'ultima ipotesi può rivalutare gli elementi sostanziali già esaminati, secondo i criteri del giudicato, ovvero valutare elementi omessi, se ciò prescrive il giudicato; ma non può valutare ex novo dati mai in precedenza presi in considerazione, o già valutati con un giudizio in parte qua non toccato dal giudicato. In linea con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo, alla luce dei quali il diritto alla tutela giurisdizionale comprende il diritto ad ottenere l'esecuzione della sentenza favorevole ottenuta, in tempi rapidi, e senza necessità di attivare ex novo un ulteriore giudizio di cognizione.

Invero, la clausola della salvezza delle "ulteriori attività procedurali" contenuta nel giudicato (o ad esso sottesa) non restituisce all'amministrazione una incontrollata e libera facoltà di scelta ma un potere-dovere di adottare un provvedimento di cura dell'interesse pubblico, che non contrasti o eluda la pronuncia ottemperanda¹⁵⁶. In tal senso appare orientato in relazione a giudizi valutativi anche il giudice ordinario che recentemente ha statuito che la valutazione tecnica demandata alla commissione esaminatrice è in primo luogo priva di discrezionalità, non essendo intrisa di un potere di ponderazione di interessi o di scelta di soluzioni alternative, ed inoltre deve accertare secondo criteri oggettivi o scientifici (che debbono essere indicati preventivamente) il possesso di requisiti attitudinali o culturali dei partecipanti la cui sussistenza o insussistenza deve essere conclusivamente giustificata (con punteggio o con motivazione sia pure sintetica)¹⁵⁷.

Dopo la menzionata ordinanza della sez. VI del Consiglio di Stato è intervenuta una fondamentale pronuncia della medesima Sezione¹⁵⁸, la quale nell'affrontare la

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; sez. VI, 3 dicembre 2004, n.7858.

¹⁵⁶ Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2632.

¹⁵⁷ Cass. S. U. 28 maggio 2012, n.8412.

¹⁵⁸ Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n.3569.

rilevanza della normativa sopravvenuta sul giudicato amministrativo ha indirettamente portato nuova luce sull'argomento in esame.

Si è così correttamente distinto tra i casi in cui il giudicato accerta pienamente il rapporto controverso¹⁵⁹ e l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato da parte del solo giudice dell'ottemperanza e i casi in cui il giudicato non accerta pienamente il rapporto e l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato nel giudizio di ottemperanza solo se la stessa si colloca in un ambito coperto dal giudicato; l'attività che riempie invece gli spazi lasciati vuoti dal giudicato è soggetta unicamente al ricorso ordinario.

Se si accoglie detta conclusione, come sembra preferibile sulla base dell'ordinamento vigente che tende a salvaguardare in linea di massima la sfera di discrezionalità (e connessa responsabilità) riservata all'amministrazione (come confermato dall'art. 34, comma 2, c.p.a., il quale preclude al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati), essa potrebbe essere idonea a fornire la soluzione anche per il rinnovo dei giudizi valutativi delle commissioni esaminatrici, essendo la risposta condizionata dagli aspetti coperti o lasciati liberi dal giudicato e quindi si tratterebbe di determinare l'effettivo contenuto del giudicato in quella controversia per trarne le dovute conseguenze anche sotto il profilo di un'eventuale elusione del giudicato o di un'inadeguata giustificazione nel nuovo atto sfavorevole adottato.

La conferma della bontà di tale indirizzo si rinviene in due recenti sentenze: la prima della sez. IV, la quale, sia pure senza la citazione di precedenti o di specifiche disposizioni normative, è orientata a distinguere i casi di violazione o elusione del giudicato e quelli in cui residua all'amministrazione il potere di imporre di nuovo la regolazione che considera più congrua per l'interesse pubblico affidato alle sue cure, ritenendo giustificata l'attivazione della giurisdizione di merito del giudizio di ottemperanza solo nel primo caso¹⁶⁰; la seconda della sez. III la quale, dopo aver rilevato che all'esito dei ripetuti giudizi di cognizione si è accertato l'obbligo in capo alla Regione di provvedere motivatamente, e nel rispetto della partecipazione procedimentale, sulla richiesta di trasferimento presentata dal ricorrente, senza tuttavia accertare se tale pretesa fosse o meno fondata;- ha ritenuto errata la pronuncia di primo grado là dove fa discendere da una comunicazione interlocutoria l'improcedibilità del

¹⁵⁹ Si fa l'esempio di un'azione di annullamento di un atto avente contenuto vincolato e contestuale azione di adempimento per l'emanazione dell'atto richiesto; azione avverso il silenzio in relazione ad attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione; azione di condanna al risarcimento del danno che presuppone l'accertamento pieno del rapporto.

¹⁶⁰ Cons. St. sez. IV, 29 agosto 2012, n.4638.

ricorso, tanto più che a tale comunicazione non ha poi fatto seguito, nonostante il tempo trascorso, l'adozione di alcun atto definitivo di diniego;-rimane quindi attuale, poiché non ancora adempiuto, l'obbligo della Regione di pronunciarsi sulla richiesta di trasferimento, esplicitando in forma chiaramente intellegibile tutte le ragioni che in ipotesi impedirebbero di accogliere tale richiesta, nonostante il parere positivo a suo tempo formulato; di contro, non vi sono i presupposti allo stato per adottare misure direttamente soddisfattive della pretesa del ricorrente, disponendo o ordinando immediatamente il trasferimento, non essendo stata accertata la fondatezza di tale pretesa e residuando ancora margini di apprezzamento¹⁶¹.

15. La contestazione degli atti di riedizione del potere amministrativo nelle direttive dell'Adunanza plenaria 15 gennaio 2013, n. 2.

Nella sentenza n.2/2013 il massimo organo della giustizia amministrativa ritiene in via preliminare che un equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere non possa che essere delineato sul piano dei principi, poiché il concreto impatto del singolo giudicato nei confronti del rinnovato esercizio della funzione amministrativa è condizionato dalla vicenda specifica (situazione soggettiva coinvolta e censure prospettate che possono riguardare solo aspetti formali e/o profili concernenti la sussistenza dei presupposti per conseguire il bene della vita oppure tendenti all'accertamento di una pretesa.

Anzi ad evitare una inutile duplicazione di accesso alla tutela giurisdizionale in relazione alla prassi normalmente seguita dalla parte ricorrente vittoriosa in sede cognitoria di instaurare, a fronte dell'atto rinnovato per effetto del giudicato che lascia ancora insoddisfatto il suo interesse, due distinti giudizi di cui uno di ottemperanza e l'altro di impugnazione ordinaria per ragioni di cautela processuale¹⁶², viene espressamente ammesso che l'interessato, entro determinati limiti¹⁶³, abbia facoltà di

¹⁶¹ Cons. St. sez. III, 13 novembre 2012, n.5725.

¹⁶² In considerazione dell'incertezza esistente tra quello che può essere ritenuto dal giudice come atto adottato in violazione o elusione del giudicato oppure affetto da nuova autonoma illegittimità (Cons. St. sez. VI, 20 giugno 2003, 3689). La prassi di proporre una duplice impugnativa è presente anche nella fattispecie di cui alla sentenza Cons. St. Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 848.

¹⁶³ Le condizioni fissate dall'adunanza plenaria sono le seguenti:

- deve trattarsi di provvedimenti emanati dall'amministrazione successivamente al giudicato di annullamento di un proprio precedente provvedimento;
- l'interessato deve proporre nello stesso ricorso una duplice domanda distinguendo quella riguardante l'ottemperanza dall'altra che concerne la prosecuzione dell'azione amministrativa sindacandola per aspetti che fuoriescono dal giudicato;

proporre un solo ricorso con una duplice domanda davanti al giudice dell'ottemperanza a fronte della riedizione del potere per consentire la trattazione unitaria di tutte le censure svolte¹⁶⁴.

In tale ipotesi, se il giudice dell'ottemperanza dovesse ritenere che il nuovo provvedimento dell'amministrazione sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato ne dichiarerà la nullità, con conseguente improcedibilità della seconda domanda per carenza sopravvenuta di interesse; viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità, disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione.

Il supremo consesso amministrativo tratteggia poi, sulla falsariga dell'ordinanza di rimessione, alcune ipotesi di riedizione del potere amministrativo (sentenza che accoglie censure formali; che accerta i presupposti per ottenere il bene della vita o che accerta il diritto ad una pretesa sostanziale) per soffermarsi sulla fattispecie di rinnovazione dell'atto sfavorevole che si concreti nel valutare in modo differente, in base a una nuova prospettazione, situazioni che esplicitamente o implicitamente siano state oggetto di esame da parte del giudice (come nel caso in esame).

La risposta della Plenaria in quest'ultima ipotesi è che “non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice”, in quanto la tesi che ritiene preclusa ogni riedizione del potere in senso sfavorevole a seguito di giudicato di accoglimento appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposta dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶⁵.

-il ricorso deve essere stato proposto non già nel termine di prescrizione decennale del giudizio di ottemperanza ma nel termine di decadenza di 60 giorni (e notificato entro tale termine) di un ordinario giudizio di impugnazione, in quanto il giudice per effettuarne la conversione ex art.32 c.p.a. ne deve accertare la sussistenza dei relativi presupposti;

-la conversione dell'azione può essere disposta solo dal giudice dell'ottemperanza e non viceversa.

¹⁶⁴ Trattasi di orientamento che già in passato era stato prospettato (Cons. St. sez. VI, 30 maggio 2002, n.3332), ma la difficoltà derivava dal fatto che, non ritenendosi necessaria all'epoca la notifica del ricorso per l'esecuzione del giudicato, il più delle volte la conversione nel ricorso ordinario non era consentita per mancanza dei relativi presupposti.

¹⁶⁵ Hanno fatto applicazione dei principi stabiliti da A. P. n.2/2013, la sentenza TAR Campania-Napoli 25 gennaio 2013, n. 608; nonché la sentenza Cons. St. sez. IV 25 giugno 2013, n. 3439, la quale ha precisato che affinché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'Amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia passata in giudicato, essendo necessario che l'Amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo. Oppure allorché essa realizzi oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con

Precisa poi che la riedizione del potere va comunque assoggettata a precisi limiti e vincoli:

-in quanto l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa;

-nel caso in cui siano messi in discussione non i fatti bensì la loro valutazione (come nel caso in esame) ricorda che su tutte le parti (ed in particolare sull'amministrazione) incombe il dovere di dare esecuzione ai provvedimenti del giudice in un'ottica di leale collaborazione e secondo buona fede, al fine di un ottimale assetto di tutti gli interessi coinvolti ivi compresi quelli pubblici, considerando che la riedizione del potere non può e non deve costituire un alibi per sottrarsi al doveroso rispetto del giudicato.

Con la conseguenza che la nuova attività valutativa della commissione esaminatrice deve dimostrarsi il frutto della constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente e non essere espressione di una gestione ondivaga e contraddittoria del potere e in quanto tale contrastante con il principio costituzionale del buon andamento e con i principi di correttezza e buona fede. Inoltre, chiarisce che la relativa argomentazione deve essere tanto più esplicita e pregnante se il riesame sia effettuato dagli stessi soggetti del primo giudizio (venendo in rilievo nella fattispecie anche il problema della rinnovazione della valutazione negativa da parte della originaria commissione esaminatrice).

La Plenaria rileva infine che il ricorrente aveva denunciato la violazione o l'elusione del giudicato per aver la commissione esaminatrice operato la nuova valutazione (negativa) sulla base di criteri completamente diversi da quelli che erano stati utilizzati nella precedente fase valutativa e ciò rientra nell'ambito delle controversie devolute al giudice dell'ottemperanza, poiché la pretesa illegittimità dell'azione amministrativa trova fondamento e parametro di valutazione nella mancata coerenza con la decisione giurisdizionale. Con la conseguenza, secondo la prospettazione dell'interessato, che la nuova attività amministrativa della commissione esaminatrice avrebbe in pratica eluso il decisum mediante un artificio logico consistente nell'adozione di un differente percorso logico motivazionale.

Pertanto, il ricorso per ottemperanza proposto dall'interessato non doveva essere dichiarato inammissibile dal TAR, mentre diversa questione è quella di stabilire la sua

un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che la giustificano. Di conseguenza non è prospettabile tale vizio qualora l'amministrazione incida sull'assetto degli interessi definiti dal giudicato, esercitando, per un fine suo proprio, un potere diverso da quello già utilizzato ovvero utilizzando un nuovo istituto giuridico al di fuori della figura del manifesto sviamento di potere.

fondatezza o meno alla luce dei principi enunciati, che viene rimessa all'esame della Sezione, ai sensi dell'art. 99, 4° comma, del c.p.a.¹⁶⁶

Se ne desume che l'Adunanza plenaria ha sostanzialmente condiviso i recenti orientamenti giurisprudenziali più avveduti che, ai fini della distinzione tra violazione o elusione del giudicato e violazione autonoma, hanno avvertito l'esigenza di tener conto della complessità del contenuto del giudicato amministrativo, che solo raramente ha effetti esclusivamente demolitori, mentre il più delle volte comprende anche effetti ripristinatori e (in particolare rispetto agli interessi legittimi pretensivi) conformativi in relazione alla susseguente attività amministrativa. In relazione poi alla mutevole portata oggettiva del giudicato, il Supremo Consesso ha confermato l'utilità di procedere con esemplificazione casistica per categorie generali di tipologie di vizi su cui incide il giudicato: Ha infine ribadito che il mezzo a disposizione della parte per distinguere le due ipotesi (ricorso per ottemperanza e ricorso ordinario) è quello di prospettare nell'atto rinnovato a seguito del giudicato la violazione o l'elusione del giudicato oppure un'autonoma illegittimità. Il giudice dell'ottemperanza a sua volta accoglierà il ricorso per l'ottemperanza se ravviserà nel nuovo atto la violazione (per contrasto diretto con gli obblighi discendenti dal giudicato) o l'elusione del giudicato, nel senso ampio indicato.

16. Prevedibile estensione di tali direttive all'impugnativa degli atti del commissario ad acta.

Il giudice dell'ottemperanza, nell'ambito della sua giurisdizione di merito, ha i più ampi poteri per assicurare l'adempimento dell'obbligo di conformarsi, sia mediante statuizioni dirette, sia mediante la nomina di commissari ad acta¹⁶⁷ con il compito di sostituirsi integralmente, anche per attività discrezionale, a qualsiasi organo dell'amministrazione¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Alla data del 20 novembre 2013, non è ancora intervenuta la sentenza della sez. VI del Consiglio di Stato sulla controversia.

¹⁶⁷ La prima decisione del Consiglio di Stato che ho rinvenuto è della sez. V in data 2 ottobre 1933, n. 566 (G. I. 1934, III, c.4), con la quale viene fissato il termine di 30 giorni per il pagamento della somma di danaro e altri adempimenti dovuti e in caso di persistenza dell'inadempimento viene incaricato dell'esecuzione il prefetto della provincia, per mezzo di suo commissario, con spese a carico dell'amministrazione.

¹⁶⁸ Cons. di Stato, A. P. 9 marzo.1973, n.1; Cass. S. U. 28 giugno 1991 n. 7226 e 14 gennaio 1992 n. 368; Corte cost. 12 dicembre 1998, n.406.

Il codice definisce nell'art. 21 il commissario ad acta di nomina giudiziale¹⁶⁹, se deve sostituirsi all'amministrazione, come ausiliario del giudice .

In tal modo sembra confermato l'orientamento prevalente in giurisprudenza secondo cui il commissario ad acta è un organo non di amministrazione attiva¹⁷⁰, ma del giudice dell'ottemperanza, sia che lo scelga direttamente sia tramite un organo amministrativo incaricato della scelta¹⁷¹, con la conseguenza che l'amministrazione sostituita non può agire in autotutela nei confronti degli atti adottati dal commissario giudiziale¹⁷².

Il commissario ad acta trae i suoi poteri dal provvedimento di nomina da parte del giudice dell'ottemperanza, che esercita un controllo permanente sull'attività che svolge, conoscendo di tutte le questioni relative all'ottemperanza e fornendo chiarimenti sulle "modalità di ottemperanza", su richiesta dalle parti o dello stesso commissario (art. 114, commi 6 e 7).

L'ampiezza dei poteri commissariali dipenderà poi, di riflesso, in mancanza di specifiche direttive da parte del giudice di ottemperanza, dal contenuto del giudicato inadempito: essi potranno estrinsecarsi, a seconda delle situazioni dedotte in giudizio, in attività sia esecutiva, come, per esempio la restituzione di beni o il pagamento di somme di danaro, sia di attuazione del decisum, comportante talvolta l'uso di un ampio potere di scelta¹⁷³.

¹⁶⁹ Diversa è la posizione del commissario straordinario (che può essere incaricato di svolgere sia genericamente le funzioni di un Ente o di un suo organo sia l'emanazione di uno specifico atto) nominato da autorità amministrative (Cons. St. sez. V , 6 ottobre 1999, n.1322; 28 dicembre 2011, n. 6953).

¹⁷⁰ La tesi dell'imputazione all'amministrazione degli atti del commissario giudiziale, e relativi corollari, è sostenuta con particolare vigore da G. Vacirca, L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta, Foro amm.vo, 1982, pagg. 257-260.

¹⁷¹ Corte Cost., 12 maggio 1977, n. 75; Cons. St. A. P.14 luglio 1978, n. 23.

¹⁷² Cons. St. Sez. V, 17 aprile 2002, n. 2006.

¹⁷³ Una parte della giurisprudenza accoglieva, prima del codice, la natura mista dell'attività del commissario ad acta: organo ausiliario del giudice di ottemperanza, e sotto il suo controllo, in caso di stretta attuazione del decisum e organo straordinario dell'amministrazione per l'ulteriore attività discrezionale posta in essere da contestare eventualmente con il ricorso ordinario (Cons. St. sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; sez. V, 17 aprile 2002, n. 2006; sez. VI, 25 giugno 2007, n.3602, che distingue il ruolo del commissario ad acta nominato nel giudizio sul silenzio rifiuto da quello nominato in sede ottemperanza); Cass. S. U. 26 gennaio 2000, n. 11, la quale ha precisato che nel momento genetico dell'investitura il commissario ad acta assume le vesti di organo ausiliario del giudice; che, tuttavia, nel momento funzionale, pone in essere i provvedimenti omessi dall'amministrazione inottemperante, e pertanto agisce attraverso atti amministrativi che però, per la

L'attività del commissario ad acta rispecchia, in ogni modo, gli stessi problemi del giudice di ottemperanza e, dunque, ha gli stessi limiti cui è sottoposto il potere sostitutivo spettante al giudice amministrativo nella giurisdizione di merito, che non può spingersi sino ad esiti che neppure all'amministrazione ritenuta inadempiente sarebbero ormai consentiti¹⁷⁴.

Peraltro, al fine di determinare i rimedi di tutela esperibili, occorre stabilire la fonte da cui proviene la lesione: se ciò avviene direttamente per effetto della sentenza, che abbia adottato o abbia ordinato (al commissario ad acta o all'amministrazione) una misura esorbitante rispetto al *decisum*, l'eventuale impugnativa davanti al giudice amministrativo dell'atto esecutivo adottato è inammissibile essendo la lesione riconducibile agli effetti della sentenza (la quale eventualmente dovrà essere impugnata in sede di appello o con ricorso per Cassazione a sezioni unite per difetto di giurisdizione); se invece la misura violativa o elusiva del giudicato è imputabile a scelte rimesse all'amministrazione o al commissario ad acta, nel primo caso è proponibile il ricorso per l'ottemperanza e nel secondo, per le parti tra cui si è formato il giudicato, il reclamo al giudice dell'ottemperanza e per i terzi il ricorso per annullamento al giudice amministrativo di primo grado con rito ordinario, salvo quanto precisato di seguito.

Inoltre, l'attività del commissario ad acta appare non assoggettata ai normali vincoli procedurali e contabili, cui deve sottostare invece l'attività ordinaria dell'amministrazione, in quanto essa deve tendere alla corretta attuazione del giudicato al fine di assicurare piena ed effettiva tutela, con facoltà di utilizzare ogni strumento utile al concreto conseguimento dello scopo¹⁷⁵.

Occorre infine far presente che tale attività è normalmente concorrente con quella dell'amministrazione, per cui in prevalenza si ritiene che la sua nomina non priva l'amministrazione della possibilità di attuare il giudicato, essendo indifferente per la parte che il giudicato sia eseguito dall'amministrazione o dal commissario ad acta e il

loro particolare collocazione nella vicenda ottemperativa, sono impugnabili davanti al giudice amministrativo in sede di legittimità oppure anche di merito, ma non revocabili o sostituibili da parte della pubblica amministrazione.

¹⁷⁴ Cass. S. U. 28 gennaio 2013, n. 1798, la quale ha ritenuto che non era più consentito al commissario ad acta di procedere alla valutazione comparativa di due candidati al fine della copertura di un posto che ormai era stato attribuito ad un terzo all'esito di un nuovo concorso che non era stato contestato.

¹⁷⁵ Cons. St. sez. V, 1 marzo 2012, n. 1194. Nel caso di mancanza di somme disponibili nelle casse dell'amministrazione condannata con sentenza al pagamento di somme di denaro sembra ammettere notevoli limitazioni per l'esecuzione della sentenza TAR Lombardia-Brescia 5 giugno 2012, n. 988.

venir meno dell'inerzia semmai rende priva di causa la funzione del commissario ad acta¹⁷⁶.

Evidentemente, la scadenza del termine per l'adempimento assegnato al commissario ad acta non comporta decadenza dei poteri commissariali, la cui attività è necessaria, a causa dell'inerzia dell'amministrazione, per rendere effettiva la tutela giurisdizionale e cioè far conseguire all'interessato il bene della vita già definitivamente riconosciutogli in sede cognitoria, cessando quindi soltanto con la piena ed integrale attuazione del comando contenuto nella sentenza da eseguire¹⁷⁷.

Per quanto concerne, in particolare, l'impugnativa degli atti adottati dal commissario ad acta, l'art. 114, comma 6, come integrato dal primo correttivo, limita alle parti nei cui confronti si è verificato il giudicato, la facoltà di reclamo allo stesso giudice dell'ottemperanza con atto da depositare, previa notifica ai controinteressati, entro 60 giorni.

Una parte della giurisprudenza recente ritiene che sugli atti del commissario ad acta sussista una competenza funzionale del giudice dell'ottemperanza, al quale soltanto andrebbero sottoposti tali atti, ma le fattispecie esaminate riguardavano aspetti di natura vincolata da risolvere in base a disposizioni normative o in relazione alla disciplina di gara¹⁷⁸ ed ora l'art. 114, 6 comma del codice, prevede come facoltativo il reclamo delle parti al giudice dell'ottemperanza avverso gli atti del commissario ad acta (avverso gli atti del commissario ad acta le parti possono proporre...) e nel contempo contempla a favore dei terzi estranei al giudicato l'impugnativa con rito ordinario degli atti adottati dal commissario ad acta.

Per cui appare preferibile, in mancanza di norme espresse e in considerazione del tendenziale principio di separazione dei poteri e del doppio grado di giudizio, ritenere che il commissario ad acta sia ausiliario del giudice se opera in attuazione del giudicato e organo straordinario dell'amministrazione allorchè svolge la sua attività in attuazione della legge con conseguente impugnativa, in questa seconda ipotesi, dei suoi atti con ricorso ordinario¹⁷⁹ e riconoscimento del potere di autotutela da parte dell'amministrazione¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Cons., St. sez. IV, 18 luglio 2008, n. 3615, sez. VI, 17 ottobre 2008, n. 5055, Sez. V, 29 dicembre 2008, n. 6585.

¹⁷⁷ Cons. St. sez. V, 18 gennaio 2010, n.136.

¹⁷⁸ Cons. St. sez. V, 28 dicembre 2011, n.6953 (relativa all'applicabilità o meno della revisione dei prezzi dell'appalto); Cass. Sez. III, 18 settembre 2009, n.20105 (concernente la determinazione dell'indennità di avviamento dovuta ad un farmacista gestore provvisorio).

¹⁷⁹ V. Lopilato, Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza, cit.

Per la giurisprudenza anteriore al c.p.a. V. Cons. St. sez. VI, 30.12.2004, n. 8275 e sez. V 17 aprile 2002, n. 2006; Cass. sez. 3, 18.6.2003, n.9709, la quale ritiene che gli atti del commissario siano impugnabili innanzi al

Invero, una volta ritenuto che gli atti dell'amministrazione non violativi o elusivi del giudicato, in quanto attinenti ad aspetti residui di discrezionalità non coperti dal giudicato, vanno impugnati con ricorso ordinario, come confermato anche dalla sentenza A.P. n.2/2013, la medesima conclusione dovrebbe estendersi anche per gli atti adottati del commissario ad acta senza la prescrizione di specifici vincoli derivanti dalla sentenza da eseguire o dal provvedimento giudiziale di nomina, non sussistendo ragioni per differenziare le due ipotesi¹⁸¹.

Invece per i terzi, estranei al giudicato, gli atti adottati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario, vanno impugnati con ricorso ordinario, in quanto nei loro confronti la sentenza degrada a fatto giuridico rilevante ma non vincolante.

17. Le sopravvenienze di fatto e di diritto.

Il giudice dell'ottemperanza è chiamato alla puntuale verifica del corretto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione¹⁸², assicurando il pieno compimento di quella attività che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto svolgere per conformarsi al giudicato¹⁸³.

Peraltro, tale verifica deve tener conto non solo del tipo di controversia su cui è intervenuto il giudicato e del quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione¹⁸⁴ ma anche di eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto che possono limitare o escludere, se non l'effetto

giudice dell'ottemperanza solo quando siano direttamente ricollegabili ad un'attività di conformazione al giudicato, ed invece soggetti all'ordinario controllo di legittimità, ove siano espressione di poteri discrezionali ultronei rispetto alla vicenda ottemperativa disegnata nel giudicato. Per cui la cd. teoria mista è ritenuta la più adeguata a comprendere l'istituto nella sua complessa tipicità, perché se, in buona sostanza, il commissario ad acta agisce quale *longa manus* del giudice ma sostituendosi alla p.a. per eseguire un giudicato, due elementi sono incontestabili: che nel momento genetico dell'investitura il commissario assume le vesti di organo ausiliario del giudice, ma, nel momento funzionale, pone in essere i provvedimenti omessi dall'amministrazione inottemperante, eppertanto agisce attraverso atti amministrativi che però, per la loro particolare collocazione nella vicenda ottemperativa sono impugnabili davanti al giudice amministrativo solo in sede di legittimità oppure anche di merito.

¹⁸⁰ Cons. St., sez. V, n.2006/2002, cit.

¹⁸¹ In tal senso è la sentenza TAR Puglia-Lecce 18 settembre 2013, n. 1943, che ritiene necessario il ricorso ordinario nel caso in cui il giudicato abbia lasciato margini di discrezionalità nel compito affidato al commissario ad acta.

¹⁸² Cons. St. sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1108; sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; 17 ottobre 2000, n. 5512.

¹⁸³ Cass. S. U. 28 gennaio 2013, n. 1798.

¹⁸⁴ Cons. St. sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607; sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49.

eliminatore ormai intervenuto, gli ulteriori effetti del giudicato (ripristinatore e conformativo), imponendo al giudice di integrare o talora di variare la statuizione della decisione da eseguire¹⁸⁵.

Al fine di porre un certo ordine in una materia tanto delicata e soggetta a continue oscillazioni giurisprudenziali quale è quella della rilevanza delle sopravvenienze, appare utile distinguere, in adesione a quanto precisato di recente dalla sez. VI del Consiglio di Stato, le fattispecie in cui il giudice svolge un sindacato pieno sul rapporto da quelle in cui un sindacato del genere non è consentito, dal momento che all'amministrazione residua il riesercizio di un potere discrezionale nei limiti non coperti dal giudicato¹⁸⁶.

Mentre nel primo caso, come avviene nel processo civile, le sopravvenienze successive al giudicato sono normalmente irrilevanti, nella seconda ipotesi la regola posta dal giudicato ha carattere elastico e la piena reintegrazione della posizione soggettiva è suscettibile di essere sacrificata per sopravvenienze di fatto e di diritto¹⁸⁷.

In tal modo appare corretto l'orientamento giurisprudenziale che in linea di massima ritiene irrilevanti le sopravvenienze di fatto e di diritto posteriori al giudicato se riferito ai casi di sindacato pieno sul rapporto, poichè le sopravvenienze successive non possono ormai più incidere sull'assetto degli interessi stabilito dal decisum, in quanto il decorso del tempo non può andare a scapito della parte incolpevole, mentre sono rilevanti quelle anteriori¹⁸⁸. Tuttavia, è stato evidenziato che il menzionato orientamento può trovare applicazione unicamente in relazione a sopravvenienze in senso proprio, ossia in relazione a dati di fatto o di diritto che non hanno costituito oggetto effettivo o potenziale del giudizio. Per cui non è stata considerata sopravvenienza una normativa regionale entrata in vigore nel corso del giudizio¹⁸⁹:

Peraltro, occorre tener presente che il giudicato può riguardare effetti istantanei o durevoli, per cui la legge sopravvenuta per quanto concerne quest'ultimi non può incidere sugli effetti passati ma può farlo su quelli futuri, con successione cronologica di norme disciplinanti la stessa situazione in tempi diversi¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Cons. St. A. P. 14 ottobre 1986, n.12.

¹⁸⁶ Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569; 8 marzo 2013, n.1412, la quale ritiene che nel caso in cui il giudicato riguardi un determinato contratto collettivo, ciò non consente di estenderlo a prestazioni lavorative disciplinate dal contratto successivo.

¹⁸⁷ Cons. St. sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5137.

¹⁸⁸ Cass. S. U. 9 novembre 2011, n.23302, secondo cui in sede di giudizio di ottemperanza può essere imposto il rinnovo della procedura di conferimento di incarico pubblico solo se l'incarico è ancora conferibile e la procedura ancora espletabile, salvo il risarcimento del danno.

¹⁸⁹ Cons. St. sez. VI, 5 luglio 2011, n.4037.

¹⁹⁰ Cons. St. A.P. 10 dicembre 1998, n.9.

Talvolta, il legislatore interviene con norme specifiche retroattive per disciplinare situazioni concrete oggetto di controversia (c.d leggi provvedimento). Ma una legge del genere non può essere rivolta ad eludere la definizione dei rapporti cristallizzati nel giudicato, con lesione del principio di affidamento della parte vittoriosa in giudizio¹⁹¹. Per quanto concerne la materia urbanistica, limitatamente a provvedimenti di diniego della concessione edilizia (ora permesso di costruire) si considera irrilevante la disciplina sopravvenuta in tema di nuovo piano regolatore successiva alla notifica della sentenza di primo grado di annullamento del diniego¹⁹², con anticipazione dell'irrilevanza che normalmente concerne circostanze successive al giudicato, considerando che in tal caso viene in rilievo una nuova disciplina urbanistica su cui ha il potere di incidere lo stesso ente che ha partecipato al giudizio. Deroga che non ha più ragione d'essere nel caso di sopravvenienza di una nuova disciplina legislativa allorché il relativo giudicato su una sentenza in rito non si sia pronunciato sulla spettanza dell'utilità richiesta¹⁹³

Tuttavia allorché intervengono circostanze per le quali non risulti ormai più possibile fare quello che alla data del ricorso per ottemperanza si sarebbe potuto fare, tali circostanze sono comunque destinate a precludere la concreta attuabilità del giudicato, salvo il diritto al risarcimento del danno.

Così è stato deciso che in caso di giudicato comportante il rinnovo della procedura di conferimento di un incarico pubblico, in tanto può essere imposto all'amministrazione di provvedere al rinnovo della procedura in quanto l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile, il che non si verifica nell'ipotesi in cui il dipendente vittorioso in giudizio sia stato nel frattempo collocato a riposo per limiti di

¹⁹¹ Corte cost. 13 luglio 2007, n. 267.

¹⁹² Cons. St. A. P. 8 gennaio 1986, n. 1; sez. IV, 14 gennaio 1997, n. 5; sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7761.

Peraltro, poiché lo jus aedificandi, quale facoltà compresa nel diritto di proprietà dei suoli rappresenta un interesse sottoposto a conformazione da parte della legge e della Pubblica amministrazione, in funzione dei molteplici interessi - pubblici e privati - diversi da quelli del proprietario del suolo, che sono coinvolti dall'edificazione privata, e che tale conformazione discende non solo dalla normativa di carattere urbanistico-edilizio, ma anche da altre normative settoriali. Di conseguenza l'Amministrazione, nel nuovo esercizio del proprio potere, dovrà tenere conto comunque degli eventuali vincoli e limiti diversi e ulteriori rispetto alla disciplina urbanistica in senso stretto che, in quanto siano applicabili anche se sopravvenuti (quali, in linea di massima, le prescrizioni sanitarie, anti-sismiche, i vincoli a tutela delle bellezze naturali e di beni di interesse storico e artistico), debbano essere valutati al momento in cui la domanda viene esaminata (Cons. St. sez. IV, 18 febbraio 2013, n.1007).

¹⁹³ Cons. St. sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4812.

età¹⁹⁴; o sia ormai scaduto il periodo di tempo per l'incarico pubblico a tempo determinato al quale l'interessato aspirava¹⁹⁵; oppure l'incarico pubblico riconosciuto dal giudicato non possa più essere attribuito in quanto nel frattempo tale incarico sia stato assegnato ad un terzo a seguito di altro concorso non contestato¹⁹⁶.

Solo eccezionalmente il legislatore pone specifiche disposizioni per assicurare l'attuazione del giudicato nonostante l'intervento di circostanze sopravvenute normalmente preclusive, come avvenuto nel caso di pubblici dipendenti sospesi dal servizio o dalla funzione o che abbiano chiesto di essere collocati a riposo anticipatamente a seguito di procedimento penale poi conclusosi definitivamente con sentenza di piena assoluzione, con facoltà di chiedere il ripristino del rapporto oltre i limiti di età prescritti dalla legge e in deroga ad eventuali divieti per un periodo pari a quello trascorso per la sospensione o per anticipato collocamento a riposo, anche cumulando i due periodi¹⁹⁷.

18. Il sindacato della Corte di cassazione a sezioni unite sul giudizio di ottemperanza. Avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ai sensi dell'art.10 d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373) è ammesso il ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione) ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost. e dell'art. 110 del codice e di conseguenza occorre tener conto del sindacato operato dalla Suprema Corte al fine di determinare i limiti del potere del giudice amministrativo in sede di ottemperanza¹⁹⁸.

La determinazione di detti limiti risente evidentemente dell'ampliamento dell'ambito del giudizio sulla giurisdizione che attualmente ritiene di svolgere la Corte di cassazione (a sezioni riunite) "non più riconducibile ad un giudizio di qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al

¹⁹⁴ Cass. S. U. 9 novembre 2011, n. 23302, citata.

¹⁹⁵ Cons. St. sez. IV, 25 maggio 2012 n.3093.

¹⁹⁶ Cons. St. sez. V 13 giugno 2012 n.3468; Cass. S. U. 28 gennaio 2013, n. 1798.

¹⁹⁷ Si tratta della c.d. legge Carnevale di cui all'art. 57 legge 24 dicembre 2003 n. 350, come integrato dal d.l. 16 marzo 2004, n.66, conv. l. 11 maggio 2004, n. 126.

¹⁹⁸ Tale sindacato è stato particolarmente intenso nell'ultimo biennio con riferimento alle sentenze di ottemperanza di "integrazione" del precedente giudicato: Cass. S. U.28 gennaio 2011, n. 2065; 9 novembre 2011, n. 23302; 19 dicembre 2011, n.27277; 27 dicembre 2011, n. 28812; 19 gennaio 2012 n. 736; 17 febbraio 2012, nn.2312 e 2313; 22 maggio 2012, n. 8071; 28 maggio 2012, n.8412, 18 ottobre 2012 n. 17842 e 19 ottobre 2012 n.17936; Cass. S. U. 28 gennaio 2013, n. 1798.

Per una approfondita disamina degli attuali orientamenti della suprema Corte in tema di giurisdizione v. S. Cresta., Profili evolutivi dei "motivi di giurisdizione" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite, Il nuovo diritto amministrativo, n.4/2012.

semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento”¹⁹⁹.

È stato invero recentemente affermato dalla Cassazione che é norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Per cui si è in presenza di una questione di giurisdizione anche nel caso in cui non si discute se la giurisdizione spetti al giudice adito, perché è solo quel giudice che secondo l'ordinamento la può esercitare, ma si deve, invece, stabilire se ricorrano - in virtù della norma che attribuisce la giurisdizione - le condizioni perché il giudice abbia il dovere di esercitarla. Con la conseguenza che sorge una questione di giurisdizione se il giudice correttamente adito non esamina la richiesta di tutela (nella specie risarcitoria) che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione²⁰⁰. Deve trattarsi però di un aprioristico diniego di giustizia e non dell'interpretazione di norme e principi processuali, suscettibili secondo la S. C. di una diversa conclusione, che può cagionare eventualmente solo un errore di diritto, che in quanto tale non può essere oggetto di esame in un giudizio di difetto di giurisdizione (nella specie esame del rapporto tra ricorso principale e incidentale e potere del giudice

¹⁹⁹ Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione per l'anno 2011 (E. Lupo), pag.4., pubblicata per intero nel sito della Corte di cassazione.

Invero fino ad epoca recente era consolidato il principio per cui il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale era circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori "in iudicando" o "in procedendo" commessi all'interno di tale giurisdizione (v., fra le tante conformi, Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2002, n. 11226 e 20 novembre 2003, n. 17633). Appare contraria a detto ampliamento la sentenza Corte cost. 14 marzo 2007 n.77, la quale ha precisato che "la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione; e ad analogo principio, conforme a Costituzione, si ispira l'art. 386 cod. proc. civ. (applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell'art. 362, comma primo, cod. proc. civ.) disponendo che «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda»

²⁰⁰ Cass. S. U 23 dicembre 2008, n. 30254, la quale ha sancito l'innovativo principio secondo cui attiene alla giurisdizione il negare da parte del giudice amministrativo la tutela risarcitoria sul presupposto che l'illegittimità dell'atto deve essere dichiarata in sede di annullamento dell'atto (c.d.pregiudiziale amministrativa).

di ottemperanza di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione dell'appalto)²⁰¹.

La Corte di cassazione riconosce che la speciale giurisdizione di ottemperanza attribuita al giudice amministrativo presenta caratteri peculiari, in base ai quali l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della p.a. è pienamente ammissibile, essendogli in tal caso espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito, con possibilità sia di procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo ed alla emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione, sia di sostituirsi all'amministrazione, nominando, ove occorra, un commissario ad acta. Pertanto, un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della PA, non è configurabile nel mero fatto che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già assumere, essendo proprio questa la funzione del giudizio di ottemperanza che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e al fine di soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto vittorioso, non può fermarsi dinanzi ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo²⁰²; né rileva, a tali fini, la circostanza che l'amministrazione cui viene imputata la violazione o la elusione del giudicato sia un organo di rilevanza costituzionale²⁰³.

Tuttavia, se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità²⁰⁴ è sindacabile ad opera della Cassazione, nel

²⁰¹Cass. S. U. 21 giugno 2012, n.10294, la quale pur criticando il principio di diritto affermato dall'A. P. Cons. St. n.4/2011, secondo cui ha comunque carattere prioritario l'esame del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale anche nell'ipotesi in cui le due imprese partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica deducano la reciproca illegittima ammissione alla gara stessa e una volta accolto il ricorso incidentale consegue l'inammissibilità per difetto di legittimazione del ricorso principale, ha poi rigettato il ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione proposto dal ricorrente principale; Cass. S. U. 18 ottobre 2012, n. 17842, la quale ha affermato che la declaratoria di inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione è stata irrevocabilmente annullata, è nelle attribuzioni del giudice dell'esecuzione al quale la domanda sia stata in quella sede proposta, venendo in rilievo solo l'interpretazione sistematica di norme processuali.

²⁰² Cass.S. U. 24 novembre 2009, n. 24673; 9 novembre 2011, n. 23302; 19 gennaio 2012, n.736.

²⁰³ Corte cost. 15 settembre 1995, n. 435.

²⁰⁴ Cons. St. sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174 ha precisato che in sede di legittimità il giudice amministrativo non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabili di fatti (in caso di discrezionalità tecnica) né nel merito dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di

caso in cui invada arbitrariamente la sfera dell'attività riservata all'amministrazione attraverso poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge con trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito (come nel caso in cui il giudice amministrativo compia atti di valutazione di mera opportunità sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della p.a. o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima)²⁰⁵. Deve parimenti ritenersi -secondo la Corte di Cassazione- che un analogo sindacato sia esercitabile anche nel caso in cui, essendo un potere di giurisdizione di merito espressamente conferito dalla legge al giudice amministrativo, gli venga addebitato di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete, esercitando una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare luogo soltanto alla normale giurisdizione di legittimità e, quindi, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi o che, comunque, non avrebbero potuto dare ingresso all'anzidetta giurisdizione di merito²⁰⁶. In tali casi si ripropone, infatti, secondo la S. C. il medesimo tema dell'invasione non consentita, ad opera del giudice, della sfera di

opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa). In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che riservate all'amministrazione stessa.

²⁰⁵ Cass. S. U. 15 marzo 1999, n. 137, la quale precisa che il giudice amministrativo incorre nell'eccesso di potere giurisdizionale, quando passa dalla giurisdizione di legittimità a quella di merito, valutando l'opportunità dell'atto impugnato, ovvero stabilendo propri criteri valutativi oppure quando la sua decisione finale appaia interamente sostitutiva, compresi gli apprezzamenti discrezionali, delle determinazioni della pubblica amministrazione; Cass. S. U. 17 febbraio 2012 nn.2312 e 2313, secondo cui il sindacato del giudice amministrativo sul giudizio di inaffidabilità dell'impresa aggiudicataria formulato dalla stazione appaltante deve essere mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'amministrazione e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio di eccesso di potere, di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa recependo considerazioni espone nella relazione del consulente d'ufficio. Successivamente il Consiglio di Stato, sez. VI ,14 agosto 2103, n. 4174, pronunciandosi sulla controversia, ha ritenuto che non poteva ritenersi illegittima l'esclusione dalla gara.

²⁰⁶ Cass. S. U. 17.3.2008, n. 7063, secondo cui "ciò che non è consentito al Consiglio di Stato è un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, id est l'esercizio, da parte del giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza"; Cass. S. U. 31 ottobre 2008, n. 26302 , secondo cui è sindacabile dalla Cassazione la violazione del limite esterno di giurisdizione allorchè sia addebitabile ad un'iniziativa officiosa del giudice di appello nell'esercizio del suo potere di integrazione del comando impartito nella sede della cognizione.

attribuzioni riservata alla P.A., con la precisazione che il potere integrativo del giudice dell'ottemperanza non può sottrarsi ai limiti esterni della giurisdizione propria del giudice amministrativo quando la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice di tal che soltanto questi possa provvedere al riguardo²⁰⁷.

Da tanto consegue che il sindacato della Cassazione non può estendersi a qualsiasi eventuale error in iudicando o in procedendo imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che disciplinano il giudizio di ottemperanza, risultando decisivo stabilire se viene in rilievo il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato, che attiene ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che un tal potere, con la particolare estensione che lo caratterizza, non gli spettava²⁰⁸, con indebito sconfinamento del provvedimento giurisdizionale nella sfera delle attribuzioni proprie dell'amministrazione (o, eventualmente, di un giudice appartenente ad un ordine diverso)²⁰⁹.

Nel caso in cui l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo - nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi dal giudicato derivanti - afferiscono ai limiti interni della giurisdizione²¹⁰.

²⁰⁷ Cass. S. U. 19 luglio 2006, n. 16469.

²⁰⁸ Cass. S. U. 9 novembre 2011, n. 23302, che ha ritenuto non ripetibile una procedura concorsuale in esecuzione del giudicato se l'incarico pubblico non è più conferibile per l'intervenuto collocamento a riposo del ricorrente, salvo il diritto al risarcimento del danno, essendo la giurisdizione di ottemperanza rivolta ad assicurare tramite l'intervento del giudice il compimento di quell'attività che l'amministrazione avrebbe dovuto porre essere per conformarsi al giudicato, ma tale sostituzione non è praticabile nel caso in cui l'agire spontaneo dell'amministrazione non sarebbe ormai più consentito.

²⁰⁹ Cass. S. U. 19 ottobre 2012, n. 17936.

²¹⁰ E' stato recentemente ritenuto che non sussiste un indebito sconfinamento del provvedimento giurisdizionale nella sfera di attribuzioni proprie dell'amministrazione o eventualmente di un giudice appartenente ad un ordine diverso in caso di declaratoria di nullità del provvedimento emesso dal commissario ad acta per aver rilasciato una concessione edilizia per la realizzazione di un immobile di tipologia e dimensioni maggiori rispetto a quelle cui si riferivano le decisioni da ottemperare, a nulla rilevando la correttezza o meno dell'iter procedurale posto in essere (Cass. S. U. 19 ottobre 2012, n. 17936).

Trattasi, invece, di limiti esterni della giurisdizione qualora sia posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso al giudizio di ottemperanza. Tale caso si verifica non solo ogni volta che sia denunciato l'esercizio indebito ad opera del giudice amministrativo della speciale giurisdizione d'ottemperanza, con i conseguenti riflessi sul merito amministrativo, in fattispecie suscettibili invece solo di essere trattate nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità (o eventualmente nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva), ma anche in ogni altra situazione in cui il giudizio di ottemperanza, con l'emanazione di un ordine di fare (o di non fare) rivolto dal giudice all'amministrazione, si sia esplicitato al di fuori dei casi nei quali un tale ordine poteva essere dato²¹¹. Parimenti, non potendosi spingere la giurisdizione di ottemperanza fino ad esiti che neppure all'agire spontaneo della p.a. sarebbero ormai consentiti, deve escludersi che il commissario ad acta possa procedere al conferimento di un incarico pubblico se l'esercizio commissariale non sia più praticabile per essere stato il relativo incarico conferito ad altri con procedura non contestata, salvo il diritto al risarcimento del danno²¹².

19. La ricerca di un nuovo equilibrio tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza nel c.p.a.

Nella sua evoluzione, il giudizio di ottemperanza costituisce lo strumento che consente al giudice amministrativo di condurre ad effettività le proprie decisioni (ma anche quelle di altri giudici, se ne ricorrono i presupposti) al fine di realizzare una tutela piena e completa nei confronti dell'amministrazione pubblica e soggetti equiparati, nel rispetto di una ragionevole durata del processo, delle situazione soggettive sulle quali esercita la propria giurisdizione. Esso è rivolto ormai a dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost.²¹³.

Fino ad epoca recente si è ritenuto che il processo cognitorio offrisse pochi spazi per dilatare il novero degli strumenti di protezione dell'interessato.

Solo il giudizio di ottemperanza, con la giurisdizione di merito, permetterebbe la precisazione e l'integrazione del decisum, e può far ritrovare, all'interno della sentenza di cognizione, elementi idonei a consentire una portata soddisfattiva più estesa ed incisiva, principalmente attraverso gli effetti ripristinatori e conformativi.

²¹¹ Cass. S. U. , n. 23302/2011, già citata.

²¹² Cass. S. U. 28 gennaio 2013, n.1798, relativa al caso in cui l'incarico pubblico in contestazione (Presidente della Corte di Perugia) sia stato conferito nel frattempo ad altro magistrato e il relativo ricorso sia stato rigettato.

²¹³ Cons. St. A. P. n.2/2013, già citata.

Per cui, la piena tutela giurisdizionale degli interessi legittimi si è svolta, normalmente, attraverso un faticoso percorso a tappe progressive: in sede di cognizione, l'interessato può ottenere solo la pronuncia costitutiva di annullamento del provvedimento lesivo; e nella successiva fase di ottemperanza al giudicato (talvolta anche mediante una pluralità di giudizi), può conseguire una pronuncia soddisfacente, volta ad adeguare la realtà giuridica e materiale ai contenuti della decisione favorevole.

Gli effetti di accertamento, ripristinatori e conformativi derivanti dalla sentenza di annullamento vengono considerati impliciti e accessori alla decisione di accoglimento e possono emergere, operativamente, solo all'esito del nuovo giudizio di ottemperanza, che rappresenta il veicolo necessario per l'attuazione completa della pretesa fatta valere in giudizio (c.d. "giudicato a formazione progressiva")²¹⁴.

Invero, la regola posta dal giudicato amministrativo nel giudizio di legittimità è normalmente una regola elastica, implicita o incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza chiarire o completare sia pure entro le coordinate del decisum. Non a caso si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa²¹⁵.

L'assetto definitivo della situazione non consegue alla mera sentenza di annullamento, ma deriva essenzialmente dalla pronuncia adottata in sede di ottemperanza, che contiene vere e proprie integrazioni della precedente decisione²¹⁶.

Ma detto assetto progressivo della tutela ha indubbiamente provocato, tenuto conto dello sviluppo assunto del processo amministrativo che deve tendere ad assicurare una tutela piena ed effettiva in un tempo ragionevole, delle conseguenze negative, in quanto:

-un'ottemperanza che contiene eccessive statuizioni di accertamento e ordinatorie è la conseguenza di una pronuncia in sede di cognizione povera di contenuti o comunque senza adeguata istruttoria sulla specifica situazione di fatto²¹⁷;

²¹⁴ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pagg. 383 e segg.; Cons. St. A.P. 17 gennaio 1997, n.1; sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131.

²¹⁵ Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796.

²¹⁶ M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, nel sito Web Federalismi.it, 2010.

²¹⁷ Come nell'ipotesi in cui la sentenza da ottemperare si limiti a condannare in astratto l'amministrazione al risarcimento del danno senza accertare la sussistenza dei relativi presupposti, con la conseguenza che il giudice dell'ottemperanza è costretto poi a verificare se tali presupposti sono presenti in concreto.

-per conseguire il risultato sostanziale avuto di mira, la parte vittoriosa deve normalmente attivare un nuovo giudizio, dilatando i tempi di una ragionevole durata del processo amministrativo;

-il giudizio diretto al “completamento” del giudicato derivante dalla sentenza di cognizione non sempre è agevole ed immediato e il più delle volte permane una zona più o meno ampia di incertezza in ordine al concreto assetto di interessi che verrà realizzato, tenendo conto della elasticità dei poteri decisorii del giudice, non di rado interpretati nel senso di attribuire un importante ruolo officioso nella scelta delle determinazioni esecutive più adeguate al singolo caso, con conseguente attenuazione del principio di prevedibilità della decisione, che è di enorme interesse per gli amministrati e per i loro difensori;

-la durata eccessiva del giudizio complessivo (cognizione+ottemperanza) favorisce il rischio delle sopravvenienze di fatto e di diritto, con riduzione del risultato preventivato al momento del ricorso e conseguente incremento della sfiducia nella giustizia;

-viene in qualche modo favorita l'inottemperanza da parte dell'amministrazione per l'assenza nella sentenza di cognizione di adeguati riferimenti per l'attività ripristinatoria e conformativa.

Per scongiurare detti inconvenienti si è progressivamente affacciata, non senza tentennamenti, l'esigenza di accrescere i contenuti della decisione di cognizione, prima in sede dottrina²¹⁸ e giurisprudenziale²¹⁹ e poi in sede normativa²²⁰.

Hanno impresso una notevole accelerazione a detta nuova tendenza da un parte le innovazioni legislative intervenute recentemente in Francia e in Germania che hanno condotto ad un'anticipazione degli effetti vincolanti della sentenza amministrativa nel giudizio di cognizione²²¹ e dall'altra l'attribuzione legislativa in Italia della tutela risarcitoria degli interessi legittimi al giudice amministrativo²²², che per stabilire

²¹⁸ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo amministrativo*, scritti giuridici, tomo III, Milano 1996, pag.1529, che riproduce un suo scritto risalente al 1981, ove si afferma la non necessità di un'autorizzazione legislativa affinché il giudice amministrativo indichi nella sentenza quali attività debba e possa compiere l'amministrazione per ricostruire lo stato di fatto e di diritto al momento del comportamento lesivo.

²¹⁹ E' stato ammesso infatti il rimedio dell'ottemperanza in sede di cognizione sia per le misure cautelari (Cons. St. A. P. 30 aprile 1982, n. 6; Corte cost. 8 novembre 1995, n. 419) sia per il silenzio rifiuto (Cons. St. A. P. 9 gennaio 2002, n.1).

²²⁰ Legge n. 205/2000 (art. 2 per il silenzio rifiuto e art. 3 per le misure cautelari).

²²¹ F. Secchi, tesi dottorato su “L'esecuzione del giudicato nell'esperienza italiana e tedesca”, anno accademico 2008/2009, in internet.

²²² Legge n.205/2000, art 7 .

l'entità del risarcimento deve tener conto dei profili direttamente ripristinatori della sentenza di accoglimento. Con la conseguenza che l'effetto ripristinatorio della sentenza di accoglimento non è più accessorio e eventuale, ma si colloca nell'ambito delle conseguenze dirette della pronuncia, anche quando manchi una domanda di condanna²²³.

Per quanto concerne in particolare il c.p.a. si inquadrano in questa nuova tendenza:

a) artt. art. 31 e 117 in tema di azione avverso il silenzio, in base ai quali il giudice può conoscere di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario, che può nominare con la sentenza che definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata; può pronunciare sulla fondatezza della pretesa nel caso in cui si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini discrezionali e non sono necessari adempimenti istruttori a cura dell'amministrazione²²⁴;

b) il contenuto delle sentenze di merito, nei limiti della domanda:

-art. 34, comma 1 lett. c, nella parte in cui prevede che il giudice (in caso di accoglimento del ricorso) condanna.....all'adozione delle misure necessarie a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c.;

-art.34,comma 1 lett.c (ultimo periodo aggiunto dal secondo correttivo) concernente l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento, purchè proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio ai sensi e nei limiti dell'art.31, comma 3²²⁵;

-art. 34, comma 1 lett. e), nella parte in cui prevede che la nomina del commissario ad acta può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza;

²²³ M. Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, cit.

²²⁴ Proponendo l'azione di adempimento nel processo avverso il silenzio, che consente al privato di ottenere un sentenza di condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto: Tar Calabria-Catanzaro, 13 giugno 2011, n.899.

²²⁵ La disposizione è stata recentemente applicata dal TAR Lazio sez. II bis 12 novembre 2012, 9210 a proposito della fissazione della data per le elezioni regionali nella regione Lazio, affermandosi che il ricorso "contiene un'azione dichiarativa dell'illegittimità dell'inerzia dell'Amministrazione intimata rispetto al comportamento ad essa imposto dalla vigente normativa, con la conseguente domanda di condanna della stessa ad un facere doveroso, per il quale sono stati ormai esauriti - come argomentato da parte ricorrente - i residui margini di discrezionalità temporale, con connessa necessità, ai fini del ripristino della legalità violata, di fissare lo svolgimento delle elezioni alla prima data utile tecnicamente compatibile con gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa vigente in materia di operazioni elettorali".

-art.34, comma 3, il quale stabilisce che se nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori²²⁶;

-art.34, comma 4, che in caso di condanna pecuniaria consente in generale al giudice (e non solo per i casi di giurisdizione esclusiva²²⁷), di stabilire, in mancanza di opposizione delle parti, i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma di danaro entro un congruo termine; prevedendo in mancanza di accordo o in caso di inadempimento degli obblighi dell'accordo il ricorso per l'ottemperanza;

-art.117 in tema di accesso ai documenti amministrativi, statuisce che il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti, dettando ove occorra le relative modalità;

c) artt. 121 e 122, riguardanti la giurisdizione amministrativa in materia di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, con cognizione del giudice riferita al concreto modo di essere del rapporto contrattuale in atto, in riferimento, fra l'altro, allo stato di esecuzione delle prestazioni.

20. Considerazioni conclusive.

Nel nuovo quadro indicato dal codice, il giudizio di cognizione viene chiamato ad anticipare entro i limiti enunciati l'assetto degli interessi conseguenti all'annullamento dell'atto o alla mancata adozione dell'atto richiesto²²⁸, per cui la cognizione si arricchisce almeno di una parte dei contenuti attuativi, nella direzione dell'efficacia e della concentrazione delle tutele.

Nonostante dette aperture attuative già in sede di cognizione deve ritenersi tuttavia ancora persistente il tradizionale compito di completamento di tutela affidato al

²²⁶ La disposizione è equivoca in quanto non chiarisce se si tratta di un potere esercitabile d'ufficio o su istanza di parte da avanzare anche nel corso del giudizio (nel primo senso: Cons. St. sez. IV, 18 maggio 2012, n.2916, nel secondo: TAR Toscana, 30 maggio 2012, n.1047). Comunque il presupposto della sussistenza di un interesse ai fini risarcitori, prescritto nella norma, sembra richiedere per lo meno la prospettazione di fatti idonei da cui desumere l'interesse della parte ai fini risarcitori.

²²⁷ Limitazione prevista dall'art. 35 legge n. 205/2000.

²²⁸ S. Baccarini, Scelta delle azioni e valutazione della necessità di annullamento per la tutela del ricorrente, Dir. proc. amm. n.4/2011; D. Vaiano, Sindacato di legittimità e sostituzione della pubblica amministrazione; Giustamm.it, 2012; F. Caringella, La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela, Il nuovo diritto amministrativo, n.1/2012 ; Cons. St. A. P. 23 marzo 2011, n. 3; TAR Lombardia-Milano 8 giugno 2011, n.1428.

giudizio di ottemperanza con riferimento alle situazioni di interesse legittimo ed in particolare se trattasi di interesse pretensivo.

Recentemente un acuto studioso, nel porsi il quesito se attualmente (con l'introduzione del codice e i suoi correttivi) possa davvero il Giudice amministrativo condannare o rilasciare subito, esso stesso, il provvedimento amministrativo, così da abolire o anticipare l'esecuzione del giudicato, ha correttamente fornito risposta negativa²²⁹.

Invero, ciò è possibile solo eccezionalmente (anche se le fattispecie vanno incrementandosi), allorchè la pretesa del ricorrente si presenta per intero predefinita dalla relativa normativa (attività vincolata) o per l'evolversi del procedimento o del processo dovessero consumarsi gli originari margini di discrezionalità e non fossero necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione.

Di regola invece nel diritto amministrativo, la situazione di diritto sostanziale fatta valere è incompleta e richiede l'interposizione di un potere, di un atto di esercizio della funzione pubblica, per tradursi da potenza in atto, per passare alla fase materiale esecutiva del soddisfacimento del bene della vita perseguito. Nell'interesse pretensivo il "bene della vita", l'oggetto della pretesa, deve ancora realizzarsi, è in fase di svolgimento in quanto si deve costruire e formare nel dialogo con il potere, confrontandosi con gli interessi pubblici e privati coinvolti. Per cui la relativa pretesa è normalmente insuscettibile di immediata e diretta esecuzione, perché non è predefinita interamente dalla relativa normativa, ma richiede di essere completata, riempita di contenuto concreto, nell'ambito del relativo procedimento amministrativo²³⁰ o nel giudizio.

Il codice del processo amministrativo, consacrando una lunga elaborazione giurisprudenziale, ha introdotto il principio della pluralità delle azioni e trasformato, anche mediante il potenziamento dei mezzi istruttori che consentono l'accesso al fatto, il processo amministrativo da un processo sull'atto ad un processo che valuta, entro certi limiti, il rapporto dedotto nel giudizio stesso. L'esigenza di concludere il processo mediante l'adozione di una sentenza che sia satisfattiva della pretesa azionata rende sempre più penetrante il sindacato del giudice amministrativo sul potere pubblico. Ciò non implica, però, che il giudice amministrativo possa invadere sfere di attribuzioni spettanti alla pubblica amministrazione. In presenza di una attività discrezionale, la valutazione comparativa degli interessi pubblici primari, secondari e degli interessi privati spetta alla autorità pubblica e il giudice amministrativo, al di fuori del casi di giurisdizione estesa al merito, può svolgere il proprio controllo, oltre che in presenza di

²²⁹ P. Carpentieri, Esecuzione giudicato, cit.

²³⁰ P. Carpentieri, Esecuzione giudicato, cit.

violazioni di legge, soltanto quando l'attività amministrativa deborda nell'eccesso di potere.

Il giudice invece non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabili di fatti (in caso di discrezionalità tecnica) né nel merito dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa). In questo ambito si possono collocare anche quelle materie la cui valutazione, per ragioni diverse, viene riservata alla pubblica amministrazione.

In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa²³¹.

Nè l'effetto conformativo del giudicato è normalmente idoneo ad assorbire completamente il potere discrezionale dell'amministrazione, che continuerà a persistere per gli aspetti che non sono stati pregiudicati in sede giudiziale.

Perciò, il giudizio di ottemperanza conferma la propria connotazione mista e rafforza il carattere cognitorio in una nuova direzione, con possibilità di accogliere nel proprio ambito l'azione risarcitoria, sia pure entro determinati casi, e la richiesta di chiarimenti sulle modalità di ottemperanza.

In considerazione delle domande (e delle censure proposte) e delle diverse situazioni (posizione soggettiva tutelata, attività istruttoria nel corso del giudizio e proposizione di eventuali motivi aggiunti), può variare, anche sensibilmente, la distribuzione tra il processo di cognizione e il giudizio di ottemperanza delle statuizioni dirette alla realizzazione della pretesa fatta valere dall'interessato.

Si apre, quindi, una nuova stagione per il giudizio di ottemperanza, che comunque tenderà alla massima espansione dei corollari applicativi del principio di effettività e concentrazione della decisione conformando al *decisum* l'attività successiva al giudicato, e il potere sostitutivo del giudice sarà sempre più incisivo e tenderà ad avere una valenza sanzionatoria e di chiusura del sistema²³². Ma intanto appare consolidato il principio secondo cui in sede di rinnovazione dell'atto annullato giudizialmente non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice", in quanto la tesi che ritiene preclusa ogni riedizione del potere in senso sfavorevole a seguito di giudicato di accoglimento appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposta dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²³¹ Cons. St. Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174.

²³² Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato G. Coraggio, 19 aprile 2012, riportato integralmente nel sito del Consiglio di Stato.

Sarà la futura giurisprudenza (Corte di Cassazione, Consiglio Stato-Consiglio giustizia amministrativa per la regione siciliana e TAR) a stabilire in concreto di quali aspetti latamente attuativi potrà appropriarsi in concreto il giudizio di cognizione e a precisare in quali limiti potrà essere esaminato in sede di ottemperanza anche il nuovo atto di riedizione del potere adottato dall'amministrazione o del commissario ad acta.

Roma, 20 novembre 2013

Aniello Cerreto
(Presidente di sezione onorario del Consiglio di Stato)