

Capitolo 27

Processo amministrativo di ottemperanza

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sentenze e i provvedimenti oggetto del giudizio di ottemperanza. – 3. L'ottemperanza di chiarimento. – 4. Il giudice competente. – 5. La disciplina del rito. – 5.1. Termine di proposizione del ricorso. – 5.2. Procedimento in camera di consiglio e diffida. – 5.3. La legittimazione. – 5.4. Le regole del contraddittorio. – 6. Poteri del giudice dell'ottemperanza. – 7. Il regime giuridico dell'atto dell'amministrazione e del commissario *ad acta* tra ottemperanza e cognizione. – 7.1. Azione di annullamento, potere discrezionale e regime giuridico dell'attività dell'amministrazione e del commissario. – 7.1.1. Azione di annullamento, azione di adempimento, potere vincolato ed esclusività del giudizio di ottemperanza. – 7.2. Azione di accertamento e azione di nullità. – 7.3. Azione avverso il silenzio, obbligo di provvedere e natura degli atti del commissario *ad acta*. – 7.4. Azione di risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza. – 7.5. La conversione delle azioni. – 8. Il regime delle sopravvenienze. – 8.1. Le sopravvenienze "europee": cenni e rinvio. – 9. Regime delle impugnazioni. – 10. La natura giuridica del giudizio di ottemperanza.

1. Premessa

La normativa in materia di processo di ottemperanza, vigente prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, risultava datata e lacunosa¹.

¹ La letteratura è vastissima: AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza*, Atti XXVII, Convegno di Varenna, Milano, 1983; V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 957 ss.; C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, agg. 2003; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 528; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, 421; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; F. Francario, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 52; C.E. Gallo, *Ottemperanza (giudizio di) (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2008; M. Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, Relazione al 56° Convegno di Studi amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, in *federalismi.it*, 2010, 18; C. Malinconico, *L'imputazione degli atti commissariali nel giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 465; L. Maruotti, *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, *Il Processo amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 4432; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 318; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1645; G. Paleologo (a cura di), *Il giudizio amministrativo di esecuzione*, Milano, 1998; F. Patroni Griffi, *Il giudicato amministrativo e la ottemperanza*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2008, 987 ss.; G. Romeo, *L'ottemperanza, oggi*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 38; A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, 22 ss.; M. Sanino, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014; B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto: Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 121; A. Travi, *L'esecuzione delle sentenze*, in *Trat-*

L'art. 27 n. 4 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) si limitava a stabilire, in relazione all'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario, che il Consiglio di Stato ha giurisdizione di merito in ordine ai «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».

Gli artt. 65, 88, 90 e 91 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) avevano il medesimo livello di genericità.

La legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei Tribunali amministrativi regionali) dava per "presupposta" la vigenza del giudizio di ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo² e si limitava a disciplinare i profili relativi al riparto delle competenze.

Le principali regole processuali applicate prima del codice erano state, pertanto, elaborate dalla giurisprudenza amministrativa.

L'attuale disciplina del giudizio di ottemperanza è contenuta negli artt. 112-115 del codice del processo amministrativo³.

2. Le sentenze e i provvedimenti oggetto del giudizio di ottemperanza

L'art. 112, comma 1, cod. proc. amm. prevede che «i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti». Nel caso in cui l'amministrazione non provveda, può essere proposta l'azione di ottemperanza.

Il comma 2 indica i provvedimenti, riportati di seguito, che possono essere oggetto del giudizio di ottemperanza.

tato di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 4667; R. Ursi, *L'esecuzione immediata della sentenza amministrativa*, Torino, 2003; G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 653; R. Villata, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 191.

² L'art. 37 operava un generico e impreciso rinvio all'art. 27 del regio decreto n. 1054 del 1924, che, a sua volta, si occupava esclusivamente dell'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario.

³ Per un commento a tali norme si v., tra gli altri: B. Marchetti, *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, in *Il nuovo processo amministrativo: commentario sistematico*, diretto da R. Caranta, Bologna, 2010, 827 ss.; C. Delle Donne, *L'esecuzione: il giudice di ottemperanza*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, 1243 ss.; D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*, Milano, 2011; G. Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, II, Milano, 2013, 457; M.G.F. Nicodemo, *Commento all'art. 112*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella-M. Protto, Roma, 2013, 1027 ss.; R. Amedeo, *Commento agli artt. 113, 114 e 115*, *ivi*, 1088; M. Sanino, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Verso il Codice del processo amministrativo*, a cura di G. Pellegrino, Roma, 2010, 191; A. Travi, *Lezione di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 369 ss.

1) Le sentenze passate in giudicato del giudice amministrativo (lett. a)⁴.

La giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che il giudizio di esecuzione in esame non è attivabile, oltre che in presenza di decisioni auto-esecutive⁵, qualora sia stata emanata una pronuncia di rigetto⁶ ovvero di rito⁷.

La stessa giurisprudenza ha chiarito, inoltre, che: *i)* «ove il ricorso per l'esecuzione di un giudicato sia stato proposto prima del passaggio in giudicato della sentenza, ma tale effetto costitutivo sia sopraggiunto nelle more del giudizio, va applicato il principio di economia processuale che assegna rilevanza al fatto costitutivo sopravvenuto», con ammissibilità del ricorso di ottemperanza⁸; *ii)* la pendenza del ricorso per revocazione non determina l'improponibilità della domanda di ottemperanza⁹.

2) Le sentenze esecutive e gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (lett. b).

Per quanto attiene alle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato, il previgente art. 33 della legge n. 1034 del 1971 si limitava a prevedere che per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il Tribunale amministrativo regionale esercitava i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui all'art. 27, comma 1, n. 4, del regio decreto n. 1054 del 1924¹⁰.

La norma in esame conferma la possibilità che possa essere chiesta l'ottemperanza anche «delle sentenze esecutive» del giudice amministrativo. Pur se la norma non prevede che debba trattarsi di decisioni non sospese, la puntualizzazione è contenuta alla lett. e) del comma 1 dell'art. 34¹¹.

Con il richiamo, infine, agli «altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo», il legislatore ha inteso riferirsi ai decreti ingiuntivi di cui all'art. 118 cod. proc. amm., nonché alle ordinanze cautelari di cui all'art. 59 dello stesso codice¹².

⁴ Il passaggio in giudicato delle sentenze del Consiglio di Stato non ha luogo il giorno della pubblicazione della pronuncia, bensì, come previsto dall'art. 324 cod. proc. civ., il giorno in cui la decisione «non è più soggetta né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395 cod. proc. civ.», ovvero, se tali ricorsi non sono proposti, il giorno in cui scadono i termini per la loro proposizione (Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2986; Id., sez. IV, 21 agosto 2003, n. 4729).

⁵ L'autoesecutività è, in particolare, ritenuta presente qualora venga adottata una sentenza che annulla atti di controllo o di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2443; Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 8).

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2007, n. 4755.

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 19 settembre 2008, n. 4523.

⁸ Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2007, n. 2463.

⁹ Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2007, n. 1522.

¹⁰ In argomento R. Ursi, *L'esecuzione immediata della sentenza amministrativa*, Torino, 2003; B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000.

¹¹ La puntualizzazione è, invero, superflua in quanto è evidente che non sarebbe possibile domandare l'attuazione di una sentenza i cui effetti sono stati sospesi a seguito della proposizione della sua impugnazione.

¹² L'art. 115 cod. proc. amm. ha chiarito che, con riferimento all'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo che dispongono il pagamento di somme di denaro, l'ottemperanza costituisce un

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha ritenuto che, nell'ambito della dizione sopra riportata, debba essere incluso anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹³. In particolare, si è affermato che il decreto decisorio, che definisce la procedura attivata dalla proposizione del ricorso straordinario, deve essere qualificato come decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale [cap. 24, parr. 6-6.6].

Sul piano applicativo, ciò comporta che la competenza, ai sensi dell'art. 113 cod. proc. amm., spetta esclusivamente al Consiglio di Stato.

3) Le sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario (lett. c).

Il legislatore ha mantenuto ferma la cognizione del giudice dell'ottemperanza anche in ordine a tali sentenze.

La soluzione alternativa avrebbe potuto essere quella di attribuire unicamente al giudice ordinario la competenza in ordine all'esecuzione delle sentenze da esso emanate. Tuttavia, tale soluzione avrebbe comportato un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto, come si esporrà oltre [par. 6], soltanto al giudice dell'ottemperanza, dotato di poteri di merito, è consentito sostituirsi all'amministrazione rimasta inadempiente. L'autorità giudiziaria ordinaria ha il potere di dichiarare l'illegittimità di un provvedimento con statuizione che "entra" nel giudicato – ed in quanto tale è suscettibile di essere portata ad esecuzione – soltanto in presenza di quella che viene definita disapplicazione principale¹⁴ e cioè nei casi, invero rari, in cui la relativa cognizione ha ad oggetto diritti soggettivi lesi in via diretta da un atto dell'amministrazione che, in quanto nullo, non è idoneo a trasformarli in interesse legittimo¹⁵ [cap. 11, par. 24, sulla nullità degli atti amministrativi; cap. 25, par.

rimedio concorrente con l'esecuzione disciplinata nelle forme previste dal codice di procedura civile. L'ampia dizione legislativa deve indurre a ritenere che siano ricomprese nell'ambito applicativo della norma anche le decisioni che condannano la pubblica amministrazione al risarcimento dei danni.

In questi casi è necessario, puntualizza il comma 1 dello stesso art. 115, che le pronunce siano spedite «*su richiesta di parte, in forma esecutiva*».

Infine, l'ultimo comma della norma in esame prescrive che, ai fini del giudizio di ottemperanza, non è necessaria l'apposizione della formula esecutiva.

¹³ Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, nn. 9 e 10.

¹⁴ Cfr. art. 4, legge 20 marzo 1865, n. 2248 (Legge sul contenzioso amministrativo-all. E).

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2011, n. 6773, ha ritenuto che non supera il vaglio della non manifesta infondatezza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 112, comma 2, lett. c), cod. proc. amm., nella parte in cui attribuisce al giudice amministrativo la competenza in ordine all'ottemperanza al giudicato ordinario formatosi nei confronti della pubblica amministrazione, per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 113 Cost., in quanto, tra l'altro, «*il giudizio di ottemperanza è un rimedio facoltativo e non obbligatorio, rispetto allo strumento di attuazione del giudicato civile costituito dall'ordinario procedimento di esecuzione forzata proponibile dinanzi al giudice ordinario, sicché i due rimedi possono integrarsi e complementarsi a vicenda (a seconda della concreta fattispecie processuale e sostanziale dedotta in giudizio) e l'eventuale incompletezza e/o inadeguatezza dello strumentario di tutela nell'ambito di uno dei due rimedi è, in ogni caso, neutralizzata dalla facoltà dell'avente diritto di ricorrere all'altro, per cui una sua eventuale espunzione dall'ordinamento finirebbe per diminuire, anziché aumentare, l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione*».

2.2.2, sul riparto di giurisdizione in caso di provvedimento nullo].

Appare opportuno, inoltre, sottolineare che, pur nel silenzio del legislatore, rimane fermo il precedente orientamento giurisprudenziale che riconosceva la possibile astratta concorrenza tra il processo di ottemperanza e il giudizio civile di esecuzione¹⁶.

Non è stata estesa, invece, la cognizione del giudice amministrativo anche alle sentenze del giudice ordinario non passate in giudicato¹⁷.

Per quanto attiene poi al riferimento agli «*altri provvedimenti*» equiparati al giudicato, il legislatore ha voluto fare rientrare nell'ambito applicativo della norma il decreto ingiuntivo non opposto o la cui opposizione sia stata rigettata¹⁸, nonché le ordinanze di assegnazione del credito emesse dal giudice dell'esecuzione nel procedimento di esecuzione forzata¹⁹.

4) Le sentenze passate in giudicato e gli «*altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione*» (lett. d).

Le sentenze della Corte dei Conti e del giudice tributario, essendo per esse previsto un rimedio specifico²⁰, non sono, pertanto, suscettibili di essere oggetto del giudizio di ottemperanza.

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2003, n. 7840.

¹⁷ La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 122 del 2005, aveva ritenuto non illegittima la mancata estensione del giudizio di ottemperanza a tale tipologia di decisione. In particolare, la Corte aveva affermato che, in ragione della diversità tra le azioni esecutive esperibili davanti al giudice ordinario e «*l'ipotesi di esecuzione di sentenza amministrativa di primo grado*», non fosse possibile ritenere sussistente il contrasto con l'art. 3 Cost. Si era, pertanto, sostenuto che la materia in esame rientrasse nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, cui compete modulare gli istituti processuali, non sindacabili se non nei casi, assenti nella specie, caratterizzati da opzioni irragionevoli o arbitrarie. Nell'adottare il codice il legislatore non ha esteso l'ambito applicativo del processo di ottemperanza, ritenendo sufficiente garanzia assicurare il ricorso alla forma di tutela in esame soltanto in presenza di decisioni di altro organo giurisdizionale che avessero il carattere della definitività.

¹⁸ V. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2001, n. 807.

¹⁹ Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 2, in relazione alle ordinanze indicate nel testo, ha affermato che l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza è conseguenza del fatto che esso «*da un lato dà atto dell'esistenza e della misura del credito (vuoi sulla base della dichiarazione del terzo, vuoi sulla base dell'esito di un giudizio di cognizione incidente nel processo di esecuzione) e dall'altro lato trasferisce tale credito dal debitore pignorato al creditore esecutante*»; inoltre, si afferma nella predetta sentenza, che «*l'ordinanza è suscettibile di divenire definitiva se non impugnata con i rimedi per essa previsti, e tale definitività è equiparabile al giudicato, atteso che l'ordinanza inoppugnata non può essere ulteriormente contestata*». All'obiezione secondo cui in questo caso non si avrebbe un cumulo di procedure né procedure di esecuzione/ottemperanza parallele, bensì un giudizio di ottemperanza come esecuzione dell'esecuzione, la sentenza citata risponde affermando che «*se è vero che l'ordinanza di assegnazione del credito conclude la procedura esecutiva, non è tuttavia dimostrato che tale procedura, in quanto definita, non abbia più bisogno di altro provvedimento giurisdizionale, atteso che le esigenze di pienezza e effettività della tutela postulano, al contrario, la individuazione di rimedi efficaci quando la pubblica amministrazione, nonostante l'ordine di esecuzione del credito, resti ancora inerte*».

²⁰ Si v. artt. 217-218 del decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, per la Corte dei Conti, e art. 70 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, per il giudice tributario.

L'unico spazio rimane quello relativo all'ottemperanza delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche²¹, atteso che in relazione ad esse mancano norme che contemplino giudizi interni di esecuzione²².

Per quanto attiene, infine, alla dizione «*altri provvedimenti (...) equiparati*» alle sentenze passate in giudicato, nell'intenzione del legislatore, desumibile dalla lettura della relazione governativa al codice, l'espressione impiegata era finalizzata ad includere nell'ambito applicativo della norma il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, «*in recepimento della necessità segnalata dalla Commissione affari costituzionale del Senato di dare applicazione agli artt. 6 e 13 della Cedu*». L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, come già sottolineato [cap. 24, par. 6.6], ha optato, invece, per la tesi che riconosce al ricorso straordinario natura giurisdizionale, con la conseguenza che lo stesso deve essere incluso nell'ambito applicativo della lett. b) della norma in esame²³.

5) I «*lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili*» (lett. e).

[Sulla natura dei lodi, assimilabile a quella giurisdizionale, si v. cap. 24, par. 11].

3. L'ottemperanza di chiarimento

L'art. 112 cod. proc. amm. prevede, al comma 5, che il ricorso possa «*essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza*».

Si tratta di una novità introdotta dal codice del processo amministrativo che persegue una finalità deflattiva del contenzioso e non presuppone un inadempimento ma un'incertezza relativamente al contenuto della sentenza da ottemperare²⁴. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, affermato che è stata disciplinata «*un'azione esecutiva di accertamento volta ad eliminare possibili incertezze nella fase di attuazione del rapporto processuale definito con una sentenza passata in giudicato*»²⁵.

La legittimazione, rispetto al ricorso di ottemperanza [par. 5.3], è più ampia, potendo spettare non solo al ricorrente nel giudizio di cognizione, ma anche, e soprattutto, alla pubblica amministrazione²⁶, al controinteressato soccombente²⁷, nonché al commissario *ad acta* ai sensi dell'art. 114, comma 7, cod. proc. amm.²⁸.

²¹ Artt. 140 ss. del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775.

²² Trib. sup. acque, 4 ottobre 2007, n. 1; Trib. sup. acque 10 maggio 2016, n. 158.

²³ Cons. Stato, Ad. plen. nn. 9 e 10 del 2013.

²⁴ Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339.

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472; Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2324, che ha precisato come il rimedio della richiesta di chiarimenti sia diretto ad ottenere precisazioni e delucidazioni su punti del *decisum* o sulle concrete e precise modalità di esecuzione, laddove si riscontrino elementi di dubbio e di non immediata chiarezza.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 1472.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472.

²⁸ G. Mari, *Giudice amministrativo*, cit., 36; M. Antonioli, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1291.

Il Consiglio di Stato ha affermato che i quesiti interpretativi da sottoporre al giudice dell'ottemperanza, in coerenza con i principi generali in tema di interesse ad agire, «*devono attenere alle modalità dell'ottemperanza e devono pertanto avere i requisiti della concretezza e della rilevanza*». Non si possono sottoporre al giudice dell'ottemperanza «*questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase dell'esecuzione del giudicato*»²⁹. Non possono, inoltre, essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il *proprium* delle statuizioni rese³⁰.

4. Il giudice competente

L'art. 113 cod. proc. amm. si occupa della individuazione del giudice competente nel giudizio di ottemperanza.

Il comma 1 disciplina l'ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo, confermando quanto previsto dal previgente comma 4 dell'art. 37, legge n. 1034 del 1971 e, cioè, che la competenza è di tipo funzionale, spettando al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta. La ragione di tale funzionalità risiede nel fatto che si intende assegnare la competenza a conoscere delle questioni inerenti l'esecuzione della sentenza al giudice che, avendo emanato la decisione, può adottare le misure più idonee a risolvere eventuali contestazioni connesse alla fase esecutiva³¹.

Per quanto riguarda, invece, le sentenze del giudice ordinario e dei giudici speciali, il codice ha innovato la previgente disciplina. L'art. 37, legge n. 1034 del 1971 disponeva, infatti, che i ricorsi in esame fossero «*di competenza dei Tribunali amministrativi regionali quando l'autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un en-*

²⁹ Cons. Stato, sez. VI, 25 ottobre 2012, n. 5469.

³⁰ L'ottemperanza di chiarimenti, pertanto, non può tradursi in un'azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, salvo che questa non attenga ad una effettiva modalità di esecuzione della sentenza (Trib. amm. reg., Sicilia, Catania, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 2951; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569).

³¹ Il suddetto art. 37 precisava che «*la competenza è peraltro del Tribunale amministrativo regionale anche quando si tratti di decisione di Tribunale amministrativo regionale confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello*». La giurisprudenza prevalente riteneva che tale competenza non sussistesse quando il Consiglio di Stato, pur «confermando» il dispositivo della sentenza impugnata, modificasse la motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 243). Dai lavori preparatori del codice risulta che si era, inizialmente, deciso di ampliare la competenza del Tribunale amministrativo ammettendola, senza rilevanza del mutamento della motivazione, in tutti i casi di conferma del dispositivo. Nel testo finale è stato, poi, previsto, riprendendo gli orientamenti più diffusi nella giurisprudenza, che «*la competenza è del Tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado*». È richiesto, pertanto, che la motivazione, ancorché non sia identica, produca lo stesso effetto di indirizzo della successiva attività amministrativa, il che implica che può eventualmente mutare la «ragione» dell'illegittimità ma non gli effetti che da tale accertamento discendono.

te che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del tribunale amministrativo regionale», aggiungendo che negli altri casi, la competenza fosse «del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale». Tale disposizione, presupponendo l'esatta individuazione dell'ambito di operatività dell'amministrazione soccombente, aveva creato difficoltà in sede applicativa. Il comma 2 dell'art. 113 cod. proc. amm. ha modificato la disciplina, prevedendo che il ricorso si propone al Tribunale amministrativo «nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza». È stata, pertanto, introdotta la regola di distribuzione delle competenze fondata sulla sede del giudice che ha reso il provvedimento da eseguire.

5. La disciplina del rito

5.1. Termine di proposizione del ricorso

La questione relativa al termine di proposizione del ricorso presenta profili di connessione con la natura della situazione giuridica nascente dal giudicato.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza³² ritiene che colui il quale chiede l'esecuzione di una sentenza sia titolare di un diritto soggettivo, con conseguente novazione della posizione giuridica azionata in giudizio da interesse legittimo a diritto soggettivo. Il termine dell'azione dovrebbe, pertanto, essere di natura prescrizioneale³³.

L'orientamento prevalente sostiene, invece, che la posizione azionata nel giudizio di cognizione manterrebbe la propria consistenza anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza³⁴. Il termine dell'azione potrebbe, pertanto, essere anche di natura decadenziale.

La legislazione previgente stabiliva che il giudizio potesse essere avviato «*finché duri l'azione di giudicato*» (art. 90, comma 2, regio decreto n. 642 del 1907), con conseguente possibilità di fare valere i diritti oggetto della sentenza nel termine prescrizioneale di dieci anni (cfr. art. 2953 cod. civ.). Il legislatore del codice, mosso anche dall'esigenza di non diminuire il livello di tutela già assicurato, non ha cambiato le regole esistenti, ribadendo che l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza.

³²S. Giacchetti, *La crisi di effettività della giustizia amministrativa e il ruolo del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1988.

³³Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, occupandosi dell'azione risarcitoria ex art. 112, comma 3, cod. proc. amm. (su cui oltre) per i danni connessi all'impossibilità di esecuzione della sentenza, ha posto in rilievo che dal giudicato amministrativo, «*almeno quando esso (...) riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all'amministrazione (...) un'obbligazione, il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere in natura (cioè in forma specifica) il bene della vita*»; tanto che l'inadempimento è assoggettabile al regime dell'inadempimento contrattuale.

³⁴S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, in F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, cit., 632.

La questione del termine non si pone in presenza di sentenze solamente esecutive, in quanto in questo caso l'azione può essere proposta fintanto che la sentenza non sia passata in giudicato. Se poi ciò si verifica durante il giudizio di esecuzione, la sostanziale assimilazione dei processi giustificerebbe un adattamento delle modalità di tutela che tenga conto della sopravvenuta definitività della decisione.

5.2. Procedimento in camera di consiglio e diffida

L'art. 114 cod. proc. amm. disciplina il procedimento del rito di ottemperanza, che si svolge in camera di consiglio, senza che sia consentito ad una delle parti, come stabiliva l'art. 27 della legge n. 1034 del 1971, di chiedere che il ricorso venga trattato in udienza pubblica.

La legge vigente prima dell'emanazione del codice prevedeva, inoltre, che condizione per la proposizione dell'azione fosse rappresentata dalla notifica di una diffida ad adempiere entro un termine non inferiore a trenta giorni (art. 90, regio decreto n. 642 del 1907). In questo contesto, la giurisprudenza amministrativa riteneva che tale diffida non fosse necessaria quando già l'amministrazione avesse chiaramente manifestato la volontà di non volere ottemperare in tutto o in parte³⁵, ovvero con il proprio comportamento avesse lasciato chiaramente intendere di non volere adempiere, ovvero ancora avesse posto in essere attività di violazione o elusione del giudicato³⁶.

Il legislatore del codice ha eliminato la necessità della previa diffida. La sua previsione, nella normativa previgente, si giustificava in ragione della mancanza di regole che assicurassero il rispetto del contraddittorio. Una volta prevista, alla luce anche di quanto affermato dalla Corte Costituzionale, la necessità della notifica del ricorso, avrebbe avuto poco senso – nella prospettiva della ragionevole durata del processo e della effettività della tutela giurisdizionale – la persistente necessità della previa diffida³⁷.

I termini sono dimezzati rispetto a quelli previsti nel processo ordinario [cap. 26].

5.3. La legittimazione

La legittimazione attiva, nel silenzio della norma, spetta alle parti del giudicato da eseguire nonché, al fine di tenere conto dell'efficacia soggettiva del giudicato stesso, ai soggetti estranei al giudizio di cognizione nel caso di impugnazione di atti indivisibili³⁸.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2008, n. 3160.

³⁶ Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6092; Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4568.

³⁷ La novità legislativa non esclude che la parte possa ugualmente “mettere in mora” la parte inadempiente, soprattutto quando confida che così procedendo la stessa si determini spontaneamente.

³⁸ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 875; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249.

L'azione, secondo un certo orientamento³⁹, potrebbe essere proposta anche dall'amministrazione per inadempimento del privato⁴⁰.

La legittimazione passiva spetta, ai sensi del comma 1 dell'art. 114 cod. proc. amm., «*alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio*»⁴¹, cui il ricorso deve essere notificato.

Per pubblica amministrazione si intende, come precisa il comma 2 dell'art. 7 del codice, con norma di carattere generale, anche il soggetto ad essa equiparato o comunque tenuto al rispetto dei principi del procedimento amministrativo⁴².

Per quanto attiene al significato da assegnare all'espressione «*altre parti del giudizio*» si veda par. 5.4.

5.4. Le regole del contraddittorio

L'art. 90 del regio decreto n. 642 del 1907 si limitava a stabilire che la segreteria desse immediata comunicazione del ricorso «*al Ministero competente*», il quale, entro venti giorni dalla ricevuta comunicazione, poteva trasmettere le sue osservazioni alla segreteria stessa⁴³.

Non era chiara la necessità di estendere o meno il contraddittorio anche ai controinteressati. L'orientamento prevalente riteneva che non fosse sufficiente quello che veniva definito “contraddittorio attenuato”, con consequenziale obbligo di assicurare la partecipazione al giudizio anche dei soggetti che potessero ricevere un pregiudizio dall'esecuzione⁴⁴.

³⁹ Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2010, n. 4290.

⁴⁰ In senso contrario Trib. amm. reg., Emilia Romagna, Parma, sez. I, 15 febbraio 2015, n. 47.

⁴¹ Il Consiglio di Stato aveva ammesso, con una opzione interpretativa, ancora valida, che il ricorso per l'ottemperanza potesse essere esperito anche nei confronti di un soggetto pubblico che fosse stato estraneo al giudizio di merito nel caso in cui tale soggetto venisse chiamato a porre in essere «*un'attività vincolata o adempitiva*» (Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4934).

⁴² Con riferimento alle sentenze o ai provvedimenti equiparati del giudice ordinario, un orientamento giurisprudenziale esclude l'esperibilità del ricorso per l'ottemperanza al di fuori dell'ambito soggettivo della pubblica amministrazione inteso in senso formale, rilevando l'equiparazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati esclusivamente con riguardo a quelle attività in cui rilevano profili pubblicistici: Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 502; Trib. amm. reg., Lombardia, Milano, sez. III, 6 marzo 2014, n. 595.

⁴³ La Corte Costituzionale aveva ritenuto non illegittima la norma citata interpretandola «*nel senso di prevedere un obbligo di comunicare l'atto nella sua interezza, in tempo utile e in modo da consentire alla pubblica amministrazione un'effettiva conoscenza della domanda e dell'articolazione tempestiva dei mezzi di difesa*» (Corte cost. n. 100 del 2006; Corte cost. n. 441 del 2005). Così intesa, la norma consentiva una sostanziale equiparazione della comunicazione alla notificazione. La decisione del giudice delle leggi sembrava, anzi, apprezzare la scelta legislativa di affidare l'attuazione delle regole del contraddittorio alla misura della comunicazione in considerazione di «*tutti i costi e le lentezze*» che la notificazione comportava.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2009, n. 3356; Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6368; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4636.

L'art. 114, comma 1, del codice ha previsto, per esigenze di uniformità delle regole di introduzione del giudizio, che il ricorso di ottemperanza deve essere notificato «a tutte le altre parti del giudizio». L'ampia espressione impiegata ricomprende non soltanto i soggetti "controinteressati" che hanno interesse al mantenimento della situazione oggetto della sentenza che definisce il giudizio, ma anche i soggetti che beneficiano dell'attuazione del giudicato e che sarebbero, pertanto, legittimati a proporre il giudizio di ottemperanza⁴⁵.

Il giudice, non essendo stato previsto l'obbligo di notificare il ricorso ad almeno una delle altre parti del giudizio, può, anche in assenza di tale notifica, ordinare l'integrazione del contraddittorio⁴⁶.

Eseguita la notificazione, il ricorso deve essere depositato unitamente alla copia autentica del provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza, con l'eventuale prova del suo passaggio in giudicato (art. 124 disp. att. cod.).

6. Poteri del giudice dell'ottemperanza

Il processo di ottemperanza rientra nell'ambito della giurisdizione di merito (art. 134, lett. a). Il giudice è titolare, pertanto, di penetranti poteri finalizzati ad assicurare la piena attuazione del contenuto della sentenza da eseguire [cap. 25, par. 9, sulla nozione di giurisdizione di merito].

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale emerge un ampio, diversificato e flessibile impiego dei poteri da parte del giudice dell'ottemperanza, modulati alla luce delle peculiarità dell'assetto di interessi prefigurato nella sentenza del giudice della cognizione.

Non sarebbe stato, pertanto, né opportuno né, forse, possibile ingessare l'attività giudiziale entro definite regole processuali.

Il legislatore si è, pertanto, limitato a stabilire quanto segue.

In primo luogo, le lett. a) e d) dell'art. 114, comma 4, prevedono, rispettivamente, che il giudice: *i*) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emana-zione dello stesso in luogo dell'amministrazione; *ii*) nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*.

Spetta, pertanto, al giudice il potere di stabilire, in relazione alle peculiarità della fattispecie concreta, quali siano le misure più idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato⁴⁷.

⁴⁵ D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, cit., 150.

⁴⁶ G. Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 493; Id., *Giudice amministrativo*, cit., 376. In giurisprudenza: Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23.

⁴⁷ Non è stato previsto, come pure affermato in giurisprudenza prima della riforma (Cons. Stato, Ad. gen., 8 febbraio 1990, n. 16), che il conferimento dell'incarico al commissario debba avvenire "di norma" e, quindi, quale regola generale.

L'ampiezza della formula legislativa consente, inoltre, al giudice di assegnare alla parte inadempiente un termine per eseguire la sentenza, con l'avvertenza che, in caso di persistente inadempimento, interverrà in via sostitutiva il commissario *ad acta*.

Il legislatore non ha, però, chiarito se l'amministrazione conservi il potere di eseguire la sentenza anche dopo la scadenza del termine assegnato dal giudice dell'ottemperanza.

Secondo un orientamento rigoroso, scaduto tale termine, l'amministrazione consumerebbe il proprio potere⁴⁸.

Altra giurisprudenza ritiene, invece, che il suddetto potere sussisterebbe soltanto fino alla nomina del commissario⁴⁹.

La tesi maggioritaria e preferibile afferma che il potere permane anche dopo tale momento, pur se viene individuato nell'insediamento del commissario *ad acta* il momento in cui si verifica un definitivo trasferimento dei poteri, rimanendo precluso alla pubblica amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, con conseguente nullità degli atti dalla stessa compiuti oltre la relativa data⁵⁰.

Questa soluzione, sul piano generale, rinviene una giustificazione, tra l'altro, nel principio di separazione tra funzioni giurisdizionali e funzioni amministrative che, anche in presenza di una giurisdizione di merito, dovrebbe essere assicurato nei limiti massimi consentiti.

Il codice ha previsto che il commissario può essere nominato anche con la sentenza che definisce il processo di cognizione. L'art. 34, comma 1, lett. e), stabilisce, infatti, che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, «*dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*». Questa previsione, in linea con l'esigenza di effettività e concentrazione delle tutele, anticipa alla fase di cognizione un adempimento che normalmente è tipico del processo di ottemperanza.

In secondo luogo, la lett. b) dell'art. 114, comma 4 prevede che il giudice dichiara nulli gli eventuali atti posti in essere in violazione o elusione del giudicato [cap. 11, par. 24].

In terzo luogo, la lett. c) della stessa disposizione stabilisce che, nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, il giudice determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano.

⁴⁸ Cons. giust. amm., Sicilia, 30 maggio 1995, n. 178.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. IV, 13 novembre 1995, n. 919.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2008, n. 6585; Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2008, n. 5055; Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2008, n. 3615; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1300; Trib. amm. reg., Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 maggio 2012, n. 438.

Con riferimento a quest'ultima previsione deve, innanzitutto, rilevarsi come la scelta di qualificare, con norma di valenza sostanziale, l'atto inefficace e non nullo sia conseguenza del fatto che si tratta di un'inefficacia che potrebbe anche essere provvisoria (e non definitiva) qualora il contenuto finale della sentenza sia poi diverso da quello oggetto di immediata esecuzione. Inoltre, la previsione secondo cui il giudice determina le modalità esecutive *«tenendo conto degli effetti che ne derivano»* deve essere intesa nel senso che il giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, deve valutare attentamente gli eventuali effetti irreversibili che potrebbero derivare dall'adozione di determinate misure attuative. In altri termini, il legislatore ha posto una regola, necessariamente generica, che demanda al giudice l'individuazione delle concrete modalità attuative, evitando tutte quelle che rischierebbero di cristallizzare in maniera definitiva il rapporto qualora la decisione stessa venga riformata in sede di appello.

Infine, la lett. e) dell'art. 114, comma 4 prevede, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 614-bis cod. proc. civ., che *«salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, 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»* [cap. 5, par. 3, per l'esame di tale disposizione].

Le due disposizioni codicistiche presentano, tuttavia, alcune differenze.

Nel processo civile l'istituto in esame, nella versione originaria, trovava applicazione con riguardo alle sole sentenze relative ad obblighi di fare infungibile o di non fare, che, in quanto tali, non erano suscettibili di essere oggetto di un processo esecutivo. Il decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, ha ammesso l'applicazione dell'istituto qualunque sia l'oggetto del dovere inadempito, con la sola espressa esclusione degli obblighi aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro. Esso, pertanto, rappresenta, allo stato, con l'eccezione sopra indicata, uno strumento efficace di coazione all'adempimento [cap. 5, par. 3].

Nel processo amministrativo, invece, l'istituto trova applicazione con riguardo alle sole sentenze di ottemperanza e, sin dal testo originario, prescinde dal requisito dell'infungibilità degli obblighi, potendo trovare applicazione generalizzata qualunque sia l'oggetto del dovere inadempito.

La questione che si era posta era quella dell'ammissibilità del rimedio in esame anche nel caso in cui l'esecuzione del giudicato consistesse nel pagamento di una somma di denaro.

La giurisprudenza, dopo un ampio dibattito, ha fornito risposta positiva al quesito⁵¹ e tale soluzione è stata poi confermata dal legislatore (legge 28 dicembre

⁵¹ Il Consiglio di Stato, con ordinanza 18 aprile 2014, n. 2004, ha rimesso all'Adunanza plenaria la risoluzione della questione, in ragione della presenza di due orientamenti contrastanti.

Il primo orientamento riteneva che la penalità di mora potesse operare anche in presenza di obblighi aventi ad oggetto somme di denaro, facendo leva sulle seguenti argomentazioni: *i)* il chiaro tenore letterale della disposizione, atteso che *«a differenza che nel citato art. 614-bis cod. proc. civ., non viene posta alcuna distinzione per tipologie di condanne rispetto al potere del giudice di disporre, su istanza di parte, la*

2015, n. 208) con un'integrazione testuale della lett. e), comma 4 dell'art. 114.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che le *astreintes* assolvano ad una funzione sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto esse non mirano a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza, ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, nonché a stimolare il debitore all'adempimento⁵². Questa qualificazione è confermata dall'art. 614-*bis*, comma 2, cod. proc. civ. che, con norma applicabile anche al processo amministrativo, individua, quali criteri per la quantificazione, non solo il danno subito e prevedibile ma, anche, «*il valore della controversia, la natura della prestazione e ogni altra circostanza soggettiva o oggettiva utile*»⁵³. La misura del danno, quindi, è solo uno dei parametri di quantificazione dell'importo della sanzione⁵⁴.

Una questione controversa è quella relativa alla compatibilità tra l'irrogazione di tale sanzione e la richiesta di nomina del commissario *ad acta*.

Un primo orientamento, maggiormente condivisibile, ritiene che non vi sia incompatibilità, in quanto si tratta di mezzi di tutela diversi perché l'*astreinte* «è un mezzo di coercizione indiretta (modello "compulsorio")», mentre la nomina del commissario *ad acta*, il quale provvede in luogo dell'amministrazione, «comporta una misura attuativa del giudicato ispirata ad una logica del tutto differente, siccome volta non già ad eser-

*condanna dell'amministrazione inadempiente al pagamento della penality di mora»; ii) le peculiarità del giudizio di ottemperanza disciplinato nell'ambito del processo amministrativo, «tali da escluderne la piena assimilabilità ad un mero giudizio di esecuzione e, pertanto, anche da giustificarne un diverso regime normativo sotto lo specifico profilo qui considerato»; iii) la peculiare natura giuridica dell'*astreinte* ex art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm., «che integra non già un mero meccanismo risarcitorio per il ritardo nell'adempimento del giudicato, ma anche uno strumento sanzionatorio e di pressione nei confronti della pubblica amministrazione, inteso ad assicurare il pieno e completo rispetto degli obblighi conformativi discendenti dal decisum giudiziale».*

L'orientamento opposto faceva, invece, leva essenzialmente sul fatto che qualora il creditore pecuniario della pubblica amministrazione «optasse per il giudizio di ottemperanza potrebbe ottenere maggiori e diverse utilità rispetto a quelle conseguibili nel giudizio di esecuzione civile solo in base ad un'opzione puramente potestativa». Tale orientamento evidenziava, inoltre, come l'applicazione dell'*astreinte* sarebbe stata iniqua, essendo già assistito l'obbligo oggetto di domanda di adempimento – per il caso di ritardo nel suo adempimento – dall'obbligo accessorio degli interessi legali.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 giugno 2014, n. 15, ha aderito al primo dei suddetti orientamenti: l'*astreinte*, in quanto misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere, è compatibile con tutte le decisioni di condanna di cui all'art. 112 cod. proc. amm., comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria, trattandosi, appunto, di una sanzione. La tesi non è scalfita dall'argomento equitativo, secondo cui vi sarebbe il rischio di una duplicazione di risarcimenti, con correlativa locupletazione del creditore: assolvendo la penality di mora ad una funzione coercitivo-sanzionatoria, e non ad una funzione riparatoria, non viene in rilievo una doppia riparazione di un unico danno, ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria.

⁵² Cons. Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15; Trib. amm. reg., Lombardia, sez. III, 24 giugno 2013, n. 1621; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 42; Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744; Cons. Stato, 20 dicembre 2011 n. 6688; Trib. amm. reg., Puglia, Bari, 26 gennaio 2012, n. 259.

⁵³ Trib. amm. reg., Lombardia, sez. III, n. 1621 del 2013, cit.

⁵⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15.

citare pressioni sull'amministrazione affinché provveda, ma a nominare un diverso soggetto, tenuto a provvedere al posto della stessa (modello di "esecuzione surrogatoria")»⁵⁵.

Un secondo orientamento ritiene, invece, che «*la nomina del commissario ad acta impedisce in radice tale condanna, giacché in caso contrario si farebbero gravare sull'amministrazione, ingiustamente, le conseguenze sanzionatorie di "ulteriori ritardi" imputabili, non ad essa, ma all'ausiliario del giudice*»⁵⁶.

La diversità di posizioni interpretative è conseguenza, ancorché non detto esplicitamente, della diversità di posizioni relative ai poteri dell'amministrazione dopo la scadenza del termine per provvedere. L'orientamento preferibile ritiene, come già sottolineato, che il potere persista anche dopo tale momento: il venir meno dell'inerzia della pubblica amministrazione, pur dopo la scadenza del termine assegnato, rende, infatti, priva di causa la nomina e la funzione del commissario, risultando indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall'amministrazione o dal commissario, essendo l'attività di entrambi comunque soggetta al controllo del giudice.

In merito alla decorrenza dell'*astreinte*, un orientamento minoritario ritiene che la decorrenza debba farsi risalire al momento della notifica del ricorso per ottemperanza o del provvedimento da eseguire⁵⁷.

La giurisprudenza prevalente ha, invece, chiarito che, poiché «*la penalità di mora può essere attuata a partire dal momento in cui l'amministrazione dimostri la sua perniciosa volontà di non attuare il giudicato*», il giudice dell'ottemperanza può imporne il pagamento «*soltanto per il periodo successivo al termine fissato nella sentenza d'ottemperanza e unicamente nel caso del suo eventuale mancato rispetto*»⁵⁸.

Con specifico riferimento alle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro, l'art. 114, comma 4, lett. e), dispone espressamente, a seguito di un'integrazione recata dalla citata legge n. 208 del 2015, che la penalità di mora decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza⁵⁹.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3945; Trib. amm. reg., Puglia, Bari, sez. II, 27 giugno 2014, n. 820; Trib. amm. reg., Campania, Napoli, sez. IV, 15 aprile 2011, n. 2162; Trib. amm. reg., Lazio, Roma, 29 dicembre 2011, n. 1035.

⁵⁶ Trib. amm. reg., Lazio, sez. II, 2 gennaio 2014, n. 1; Trib. amm. reg., Piemonte, sez. I, 23 luglio 2013, n. 904; Trib. amm. reg., Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 giugno 2014, n. 1002; Trib. amm. reg., Piemonte, 10 maggio 2013, n. 608; Trib. amm. reg., Lazio, Roma, sez. II, 5 marzo 2013, n. 2318; Trib. amm. reg., Liguria, sez. I, 25 gennaio 2013, n. 194.

⁵⁷ Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VIII, 2 agosto 2018, n. 5182.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5786; Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2015, n. 5580; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2015, n. 5534.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2016, n. 4311.

7. Il regime giuridico dell'atto dell'amministrazione e del commissario *ad acta* tra ottemperanza e cognizione

L'individuazione del regime processuale cui è soggetta l'attività dell'amministrazione e del commissario *ad acta* dopo il giudicato presenta aspetti di complessità connessi alla distinzione tra profili che rientrano nell'ambito della competenza del giudice dell'ottemperanza e profili che rientrano nell'ambito della competenza del giudice della cognizione.

Questo rapporto deve essere costruito avendo presente – ferma restando l'imprevedibile valutazione delle fattispecie concrete – quale criterio di analisi, la tipologia di azione di cognizione esercitata e gli effetti prodotti, nonché, nell'ambito di talune azioni, la natura del potere pubblico e del vizio fatto valere.

7.1. Azione di annullamento, potere discrezionale e regime giuridico dell'attività dell'amministrazione e del commissario

Nel caso in cui sia proposta l'azione di annullamento⁶⁰ e con essa si contesti l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, il principio di separazione dei poteri, quale risultante dal sistema costituzionale della giustizia amministrativa, impedisce al giudice amministrativo di sindacare, in sede di legittimità, questioni di merito che rientrano nella sfera di esclusiva spettanza dell'autorità pubblica. L'accertamento del rapporto, in questi casi, potrà non essere pieno e, conseguentemente, la regola giudiziale è normalmente una regola incompleta⁶¹.

La questione che rileva in questa sede attiene, come già sottolineato, all'individuazione del regime giuridico cui è sottoposta l'attività amministrativa successiva al passaggio in giudicato della sentenza di cognizione⁶².

È necessario distinguere la fattispecie in cui l'amministrazione pone in essere un comportamento attivo da quella in cui la stessa è inerte.

⁶⁰ L'attività successiva dell'amministrazione deve tenere conto, oltre che di quanto riportato di seguito nel testo, anche degli effetti derivanti dalla sentenza di annullamento, che possono essere di eliminazione, di ripristinazione e conformativo [cap. 26, par. 10.1, sugli effetti della sentenza di annullamento].

⁶¹ F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025; R. Cavallo Perin, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 981. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, che ha ribadito che «nell'ipotesi di azione di annullamento di un provvedimento discrezionale e di azione avente ad oggetto attività discrezionale non ancora esercitata dall'amministrazione, si assiste alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta, e che il sindacato non può estendersi all'intero rapporto controverso; ciò, d'altra parte (...) costituirebbe uno sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice e di conseguenza, un possibile eccesso di potere giurisdizionale». Si v. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

⁶² Un consistente orientamento giurisprudenziale, formatosi prima del codice, riteneva che in questi casi, non avendo il giudicato esaurito il potere discrezionale dell'amministrazione, gli atti ad esso successivi, adottati dalla stessa amministrazione ovvero dal commissario *ad acta*, avrebbero dovuto essere impugnati con un'azione di cognizione (Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 1999, n. 183).

Con riguardo al primo caso, il codice ha previsto che gli atti di violazione o elusione del giudicato sono nulli [cap. 11, par. 24] e la relativa azione di nullità si propone esclusivamente innanzi al giudice dell'ottemperanza. Tale azione, come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁶³, persegue il «*fine di ottenere (...) l'attuazione della sentenza passata in giudicato*» e il risarcimento dei danni connessi alla predetta violazione o elusione del giudicato⁶⁴.

Il codice non ha disciplinato, invece, il regime cui è sottoposta l'attività dell'amministrazione non coperta dal giudicato⁶⁵.

Si potrebbe ritenere che – in ossequio al principio di concentrazione delle forme di tutela e, più ampiamente, del giusto processo – anche tale attività si contesti in sede di ottemperanza. Se così fosse, la regola generale dovrebbe essere che tutto ciò che avviene dopo la sentenza di cognizione può essere oggetto di reclamo innanzi al giudice dell'ottemperanza. In quest'ottica, l'attribuzione al processo di ottemperanza della natura di giurisdizione estesa al merito implicherebbe che il giudice possa sostituirsi all'amministrazione in relazione a “tutta” l'attività amministrativa necessaria per definire la vicenda controversa, inclusa quella che non è stata oggetto di accertamento giudiziale con la sentenza passata in giudicato.

Questa opzione interpretativa, in linea con quanto affermato dall'Adunanza plenaria nella citata sentenza, non è, tuttavia, condivisibile per le seguenti ragioni.

In primo luogo, si violerebbe il principio costituzionale di separazione dei poteri: le scelte di opportunità non sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità diventerebbero sindacabili, senza una definizione certa delle materie e, dunque, in qualunque ambito, in sede di giurisdizione di ottemperanza. La soluzione criticata risulta, pertanto, «*contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione*»⁶⁶.

In secondo luogo, verrebbe leso il principio del doppio grado di giudizio, in quan-

⁶³ Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

⁶⁴ L'Adunanza plenaria, con la sentenza indicata nel testo, ha affermato, invero, che l'azione in esame è un'azione di cognizione. Si tratta, invero, di un'azione esecutiva: essa, infatti, non è sottoposta, per espressa previsione legislativa (art. 31, comma 2), al regime giuridico dell'azione cognitoria di nullità e, in particolare, al rispetto del termine perentorio di centottanta giorni. La formulazione letterale dell'art. 114, comma 4 – secondo cui il giudice «*dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato*» – conduce, inoltre, a ritenere che è possibile dichiarare la nullità degli atti di violazione o elusione del giudicato anche d'ufficio e, dunque, in mancanza della proposizione di una formale azione. In tale ultimo senso Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2016, n. 2769, che ritiene che la lettura sistematica degli artt. 112 e 114 cod. proc. amm. vincoli l'interprete a slegare l'esercizio dei poteri (d'ufficio) attribuiti al giudice dell'ottemperanza dall'art. 114, comma 4, cod. proc. amm. dal principio della domanda, tranne che per i casi espressamente previsti (come l'*astreinte*); nel *petitum* dell'azione di ottemperanza sono ricondotte, quindi, tutte le domande implicate dalla richiesta al giudice della completa attuazione del *dictum* giudiziale.

⁶⁵ Il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile è riferito esclusivamente alla posizione della parte che ottiene una sentenza di rigetto: alla stessa è precluso indicare nuovi elementi o nuove eccezioni non dedotti con la prima azione. Tale principio non può valere anche per l'azione futura dell'amministrazione. In argomento F. Francario, *La sentenza: tipologia*, cit.

⁶⁶ Cons. Stato, Ad. plen., n. 2 del 2013, cit.

to il giudizio di ottemperanza si svolge, come già rilevato, in unico grado innanzi al Consiglio di Stato solo quando la sentenza di primo grado è riformata ovvero è confermata ma con motivazione diversa (art. 113, comma 1). Tale principio, ancorché non abbia valenza costituzionale⁶⁷, costituisce un vincolante criterio interpretativo delle disposizioni che si prestano a plurime interpretazioni.

La ricostruzione preferibile, pertanto, è quella che configura un doppio binario⁶⁸.

L'attività amministrativa coperta dal giudicato deve uniformarsi alle regole giudiziali, con competenza del giudice dell'ottemperanza, mentre l'attività lasciata libera deve uniformarsi, in ossequio al principio di legalità, alle regole di disciplina dell'attività stessa, con competenza del giudice della cognizione. Si realizzano, dunque, una concorrenza di regole legali e giudiziali ed una possibile concorrenza di processi. È evidente che tale distinzione, chiara sul piano teorico, può diventare, in ragione della unitarietà dell'azione amministrativa, complessa sul piano applicativo, con una possibile sovrapposizione tra le regole stesse.

L'ampiezza degli spazi di cognizione e di esecuzione è, poi, strettamente correlata alla natura del vizio fatto valere. L'annullamento di un atto per un vizio formale invalidante, infatti, non estendendosi il giudizio all'assetto sostanziale degli interessi, implica che lo spazio successivo sarà occupato, in misura più estesa, dalle regole legali e, dunque, dal giudizio di cognizione. L'annullamento per un vizio sostanziale comporta, specularmente, la prevalenza delle regole giudiziali e, dunque, del giudizio di ottemperanza.

Seguendo questa ricostruzione la qualificazione del giudizio di ottemperanza come giurisdizione estesa al merito significa che è consentito al giudice sostituirsi all'amministrazione inadempiente nei soli limiti del tracciato delineato dal giudicato [cap. 25, par. 9, sulla giurisdizione estesa al merito].

La possibilità per l'autorità pubblica di riesercitare il potere lasciato libero dal giudicato non autorizza, però, un'illimitata protrazione della vicenda controversa mediante la parcellizzazione delle risposte amministrative [cap. 11, par. 3, in cui si accenna al rapporto tra motivazione e ottemperanza].

Si potrebbe, invero, anche ritenere che l'amministrazione debba indicare, nel procedimento, "tutte" le ragioni che depongono per l'adozione di un determinato provvedimento. Ciò consentirebbe al giudice amministrativo un accertamento pieno sul rapporto senza che possano residuare margini per un successivo esercizio del potere non coperto del giudicato.

Sul punto, deve rilevarsi che, allo stato, manca una norma che imponga all'amministrazione di "esaurire" la propria discrezionalità nel procedimento.

Si potrebbe, invero, interpretare in questo senso l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, il quale, però, non contempla un precetto chiaro in questo senso e, comunque, ha una portata applicativa limitata ai provvedimenti ampliativi e non anche a quelli restrittivi.

⁶⁷ L'art. 125 cod. proc. amm. deve essere interpretato nel senso che occorre assicurare l'appellabilità delle sentenze dei Tribunali amministrativi, con conseguente possibilità di assegnare al Consiglio di Stato una competenza in unico grado (Corte. cost. n. 108 del 2009).

⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 53.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto, però, più volte modo di affermare che l'indicazione di nuove ragioni ostative al soddisfacimento della pretesa azionata può aversi una sola volta dopo il giudicato. L'adozione di un ulteriore provvedimento negativo per il privato può, pertanto, essere oggetto di reclamo innanzi al giudice dell'ottemperanza⁶⁹.

Questo orientamento, su cui l'Adunanza plenaria non si è espressamente pronunciata, è condivisibile con le seguenti puntualizzazioni.

La contestazione degli ulteriori atti in sede di ottemperanza è consentita esclusivamente nel caso in cui, dall'analisi complessiva della fattispecie, risulti la volontà dell'amministrazione di eludere la regola giudiziale. Non è, dunque, sufficiente il mero dato rappresentato dal numero degli atti adottati, ma è necessario stabilire se, dalla lettura coordinata degli stessi, sia possibile ricostruire un disegno complessivo dell'amministrazione volto a perseguire, anche se indirettamente, esiti corrispondenti a quelli ritenuti illegittimi con il giudicato.

Si potrebbe, invero, anche ritenere che, superata la soglia indicata dalla giurisprudenza amministrativa⁷⁰, il suddetto disegno si debba presumere esistente. In questa prospettiva ulteriori provvedimenti negativi per il privato possono ritenersi non elusivi, e in quanto tali impugnabili in sede di giudizio di cognizione ordinaria, soltanto quando risultino sopravvenienze di fatto o di diritto [par. 8] ovvero elementi che non sono stati esaminati per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione⁷¹.

Con riguardo al secondo caso, sopra indicato, che ricorre qualora l'amministrazione rimanga inerte, il giudice dell'ottemperanza, come già sottolineato, «*può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta*», il quale agisce in sostituzione dell'autorità inadempiente (art. 21 cod. proc. amm.). L'art. 114, comma 6, cod. proc. amm. prevede, poi, espressamente che il giudice stesso «*conosce di tutte le questioni*

⁶⁹ Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2016, n. 53; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987; Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5 aprile 2012, n. 2024.

⁷⁰ È evidente che vi possono essere casi in cui le “nuove” ragioni indicate nel primo provvedimento amministrativo dopo il giudicato siano già indice della volontà elusiva.

⁷¹ Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761 ha affermato che il principio secondo cui nuove ragioni possono essere indicate una sola volta dopo il giudicato non può «operare in maniera meccanica e perentoria, pena il rischio di irragionevolezza della decisione, che sarebbe sottratta – come effetto proprio delle presunzioni – alla valutazione del giudice». Si è aggiunto che «non pare, infatti, congruo rispetto alla mutevolezza della realtà, anche amministrativa, assumere che con il secondo provvedimento amministrativo l'amministrazione sia, in ogni caso, obbligata a fornire una risposta definitiva e coerente rispetto all'istanza di attribuzione del bene delle vita, e che se ciò non avviene quel bene va senz'altro attribuito». Infine, in linea con quanto indicato nel testo, si è rilevato che «l'adozione di un secondo diniego dopo il giudicato può far soltanto presumere l'atto elusivo del giudicato stesso: ma si tratta di una presunzione non assoluta, che può essere superata sia dall'interessato, sia da considerazioni di ordine sistematico riguardanti il complessivo sviluppo concreto della vicenda che giustifichi l'adozione di un secondo provvedimento non conforme alla pretesa». È bene, infine, aggiungere che, qualora l'attività della pubblica amministrazione venga ritenuta elusiva del giudicato, il giudice dell'ottemperanza ne dichiara la nullità senza che il sindacato debba estendersi alla valutazione della conformità dell'atto alle regole legali. In altri termini, in questo caso il giudice dell'ottemperanza non conosce profili che attengono alla cognizione ma si limita a sindacare il comportamento elusivo dell'amministrazione.

relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta».

L'orientamento interpretativo che sembra prevalente ritiene che, alla luce della formulazione delle norme sopra riportate, l'intera azione del commissario debba essere contestata innanzi al giudice dell'ottemperanza⁷². In questa prospettiva il commissario *ad acta* interverrebbe sempre in qualità di organo ausiliario del giudice.

Tale tesi non è, però, del tutto condivisibile per le seguenti ragioni⁷³.

La necessaria unitarietà dell'azione amministrativa implica che il commissario, una volta nominato per sostituire l'amministrazione inadempiente, dovrà porre in essere "tutta" l'attività richiesta per completare il procedimento amministrativo ed adottare la determinazione finale. Questo significa che tale attività sarà, per la parte oggetto di accertamento giudiziale, coperta dal giudicato e, per la parte estranea ad esso, disciplinata dalla legge. La ritenuta esclusività della competenza del giudice dell'ottemperanza implicherebbe, dunque, che lo stesso potrebbe conoscere profili che non sono stati oggetto di sindacato giurisdizionale in sede di cognizione, con conseguente violazione dei già enunciati principi di separazione dei poteri e del doppio grado del giudizio. Tale violazione è evidente nei casi in cui – in ragione, ad esempio, dell'esistenza di una sentenza di annullamento per un vizio formale ovvero per un vizio sostanziale "limitato" ad un tratto ridotto dell'attività amministrativa – si imponga una completa rivisitazione dell'assetto complessivo degli interessi sottesi all'adozione dell'atto finale. Né varrebbe obiettare che, in questo caso, la cognizione estesa al merito sarebbe giustificata dal comportamento inerte dell'amministrazione: non è, infatti, possibile introdurre differenziazioni di regimi processuali dipendenti dal variabile comportamento, attivo o passivo, della pubblica amministrazione.

Si potrebbe, pertanto, ritenere che il commissario *ad acta* sia un ausiliario del giudice quando agisce per fare eseguire il giudicato, con possibilità di reclamo avverso i suoi atti in sede di ottemperanza, ed un organo straordinario dell'amministrazione quando dà attuazione alla legge, con possibilità di impugnazione della relativa attività in sede di giudizio ordinario⁷⁴. È bene ribadire che non è questo, come già sottolineato, l'orientamento seguito dalla giurisprudenza.

⁷² Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2011, n. 5391; Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4299.

⁷³ Si tratta di valutazioni già svolte: V. Lopilato, *Cognizione ed esecuzione nel giudizio di ottemperanza*, in *www.giustamm.it*, 2013.

⁷⁴ La soluzione interpretativa proposta rinverrebbe una conferma nella modifica dell'art. 114, comma 6, ad opera del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195 il quale ha previsto che «*gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'art. 29, con il rito ordinario*». La ragione giustificativa della disposizione è quella di assicurare una tutela di cognizione piena ai soggetti che non sono stati parte del giudizio che ha condotto all'adozione della sentenza da eseguire. Pertanto, se non è possibile, per l'operatività dei limiti soggettivi del giudicato, ricondurre nell'ambito del giudizio di ottemperanza questioni che esulano dal perimetro del giudicato stesso, ugualmente non dovrebbe essere possibile, per l'operatività di limiti oggettivi del giudicato tra le parti, che le stesse facciano valere in sede di ottemperanza questioni non oggetto della sentenza di cognizione.

Ulteriore ragione a sostegno di questa ricostruzione sarebbe rinvenibile, sul piano generale, nella natura, come si dirà nel prosieguo [par. 10], di sola esecuzione del giudizio di ottemperanza.

7.1.1. Azione di annullamento, azione di adempimento, potere vincolato ed esclusività del giudizio di ottemperanza

La proposizione dell'azione di annullamento avente ad oggetto un potere vincolato conduce all'adozione di una sentenza che, contrariamente a quanto avviene in relazione alla fattispecie sopra descritta [par. 7.1], copre normalmente tutti i tratti dell'azione amministrativa, con un vincolo conformativo pieno sul successivo riesercizio del potere stesso. Questo risultato si produce, sia pure indirettamente, anche nel caso in cui il ricorrente faccia valere soltanto un vizio formale: il giudice amministrativo, infatti, deve comunque accertare, ai fini dell'accoglimento del ricorso, se il contenuto sostanziale del provvedimento sarebbe rimasto invariato anche qualora l'amministrazione avesse rispettato la prescrizione formale (art. 21-*octies*, legge n. 241 del 1990). In altri termini, la sentenza, pur accogliendo il ricorso per una ragione formale, accerta il rapporto anche sul piano sostanziale.

In definitiva, dunque, in questi casi la regola giudiziale è, normalmente, una regola completa, con la conseguenza che tutte le questioni successive al giudicato, essendo coperte da esso, si devono fare valere innanzi al giudice dell'ottemperanza.

L'amministrazione può indicare nuove ragioni che impediscono il soddisfacimento della pretesa azionata dal privato, con competenza del giudizio della cognizione, soltanto nel caso in cui esse si fondano su rilevanti fatti sopravvenuti o non esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione ovvero su una nuova normativa che non persegue il fine di incidere sull'esercizio della funzione giurisdizionale [sulla rilevanza limitata dello *ius superveniens* quando il giudice ha accertato pienamente il rapporto si v. par. 8]. Al di fuori di tali particolari fattispecie, la natura completa dell'accertamento giudiziale comporta che l'adozione di un nuovo provvedimento che contenga statuizioni non esaminate nel processo di cognizione deve ritenersi nullo per violazione del giudicato.

Il codice del processo amministrativo ha espressamente previsto la possibilità – nei casi in cui l'attività amministrativa sia vincolata ovvero l'amministrazione abbia consumato nell'ambito del procedimento la discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che devono essere compiuti dall'amministrazione – di proporre, contestualmente all'azione di annullamento, anche l'azione di adempimento all'adozione del provvedimento richiesto (art. 34, comma 1, lett. c) [cap. 26, par. 10.3, sull'azione di adempimento].

L'utilità pratica della concorrenza di azioni è rappresentata dal fatto che, in questo caso, l'ordine di adottare il provvedimento richiesto, normalmente implicito nella motivazione, è esplicito dovendo risultare anche nel dispositivo. L'esistenza di tale ordine lascia presupporre un adempimento spontaneo dell'amministrazione. Se, però, l'inadempimento persiste, questa fase sarà disciplinata esclusivamente dalle regole del giudizio di ottemperanza, con l'utilità costituita dalla maggiore semplicità di esecuzione assicurata, si ribadisce, dalla presenza di una condanna diretta ad adottare l'atto richiesto.

7.2. Azione di accertamento e azione di nullità

In presenza di un'azione di accertamento [cap. 26, par. 10.4] – presupponendo essa un sindacato pieno sul rapporto in ragione del già avvenuto esercizio del potere pubblico – l'eventuale adozione di un atto amministrativo difforme da parte dell'amministrazione deve ritenersi in contrasto con il giudicato e, quindi, impugnabile in sede di giudizio di ottemperanza. Rimane sempre ferma la possibilità, al fine di radicare la competenza del giudice della cognizione, di assegnare rilevanza a sopravvenienze di fatto o di diritto ovvero a comportamenti non imputabili a negligenza dell'amministrazione.

In presenza di un'azione di nullità [cap. 26, par. 10.2], il regime processuale è stato costruito, in ragione della previsione del termine perentorio di centottanta giorni per la proposizione dell'azione stessa, sulla falsariga di quello proprio dell'azione di annullamento (art. 31, comma 4). Le regole di riparto tra esecuzione e cognizione dopo il giudicato seguono, pertanto, i tracciati già indicati: tipologia del potere pubblico esercitato e natura, sostanziale o formale, del vizio di nullità [parr. 7.1-7.1.1]. L'unica particolarità è rappresentata dal fatto che alcune ragioni di nullità dell'atto, se accertate sussistenti, impediscono il riesercizio del potere pubblico (ciò, in particolare, avviene se la nullità viene dichiarata per difetto assoluto di attribuzione dell'autorità pubblica ovvero per mancanza dell'elemento essenziale dell'oggetto stesso dell'azione amministrativa).

7.3. Azione avverso il silenzio, obbligo di provvedere e natura degli atti del commissario *ad acta*

In presenza di un'azione avverso il silenzio [cap. 26, par. 10.5], l'art. 117 cod. proc. amm. prevede che il giudice conosce di *«tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario»*.

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia concluso il procedimento in un settore caratterizzato da discrezionalità ovvero non abbia consumato la discrezionalità attribuita, il giudice del silenzio, in ossequio al richiamato principio di separazione dei poteri, deve limitarsi a condannare l'amministrazione a provvedere senza che la sentenza possa esaminare il contenuto della pretesa azionata (art. 31 comma 3).

Anche in questo caso si deve distinguere l'ipotesi in cui l'amministrazione pone in essere un comportamento attivo da quella in cui la stessa rimane inerte.

Nel primo caso, pur nel silenzio del codice, deve ritenersi che se l'amministrazione conclude il procedimento amministrativo con l'adozione del provvedimento, lo stesso sarà impugnabile in sede di giudizio di cognizione. La mancanza, infatti, di qualunque vincolo giudiziale, diverso dalla mera condanna ad adempiere, lascia libera l'amministrazione di determinare il contenuto sostanziale del provvedimento con conseguente operatività esclusiva dei vincoli legali. Questa soluzione è guidata dall'esigenza, ancora più netta nella fattispecie in esame, di rispettare il principio di separazione dei poteri. Lo spazio per il giudizio di ottemperanza innanzi allo stesso giudice del silen-

zio è configurabile soltanto nell'ipotesi, residuale, in cui l'atto adottato, eludendo il giudicato, è meramente interlocutorio e non definisce la vicenda amministrativa.

Nel secondo caso, il giudice, a fronte della persistente inerzia dell'amministrazione, nominerà un commissario *ad acta* che dovrà provvedere in luogo dell'amministrazione stessa. Gli atti del commissario, non ricevendo anche in questa evenienza alcun vincolo dalla regola giudiziale, devono essere considerati veri e propri provvedimenti amministrativi adottati da un organo straordinario dell'amministrazione che, per il loro innovativo contenuto, dovranno essere impugnati con le azioni di cognizione in sede di giudizio ordinario.

Qualora l'attività amministrativa sia, invece, vincolata o l'amministrazione abbia già esercitato la discrezionalità senza che siano necessari adempimenti istruttori, il giudice del silenzio «*può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio*» (art. 31, comma 3). L'esistenza, questa volta, di un vincolo pieno sulla successiva attività comporta che la stessa dovrà uniformarsi esclusivamente alla regola giudiziale senza che vi sia spazio, salvo che ricorrano le più volte indicate evenienze particolari, per una eventuale concorrenza della regola legale. Il giudizio di ottemperanza assume, pertanto, valenza esclusiva.

Il codice ha previsto anche in questo caso (art. 34, comma 1, lett. c), la possibilità di proporre, unitamente all'azione avverso il silenzio, l'azione di adempimento. Invero, già prima della modifica ciò era implicito nella natura del giudizio, con cui si faceva valere l'inerzia dell'amministrazione, sicché il sindacato sulla fondatezza della pretesa, se positivo, doveva risolversi in una condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto.

7.4. Azione di risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza

La proposizione, nel termine decadenziale di centoventi giorni, dell'azione autonoma di condanna al risarcimento del danno, prevista dall'art. 30 del codice [cap. 26, parr. 10.6-10.6.4], presuppone che il giudice accerti pienamente il rapporto dedotto in giudizio. La successiva fase, prescindendo dal riesercizio del potere amministrativo, ha natura di sola esecuzione, con la conseguente concentrazione di tutte le forme di tutela nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Nel caso in cui sia stata esercitata, unitamente all'azione risarcitoria, anche quella di annullamento assumono nuovamente rilevanza, sia pure sotto altro aspetto, le diversità di regime connesse alla natura del potere pubblico esercitato [parr. 7.1-7.1.1].

Sinteticamente, se il potere è vincolato, il giudice amministrativo potrà annullare l'atto e valutare, senza incidere su spazi riservati all'amministrazione, la sussistenza del nesso di causalità materiale e, dunque, la lesione al bene della vita (cosiddetto danno ingiusto): sussistendo gli altri requisiti che integrano la fattispecie illecita, sarà possibile condannare l'amministrazione al risarcimento del danno.

In presenza, invece, di un potere discrezionale, l'annullamento del provvedimento amministrativo può impedire, sempre in ossequio al principio di separazione dei poteri, di accertare pienamente il rapporto e, dunque – al di fuori dell'ipotesi in cui sus-

sistono i presupposti per la condanna al risarcimento per perdita di *chance* [cap. 17, par. 6.4.1] – di verificare la spettanza del bene della vita a fini risarcitori. Soltanto dopo che l'amministrazione ha riesercitato il potere, potrà essere verificata con certezza, e, dunque, con un criterio diverso da quello civilistico del “più probabile che non”, la sussistenza del nesso di causalità materiale dell'illecito civile⁷⁵. Ciò significa che tale azione dovrà essere proposta dopo la sentenza di cognizione ma entro il termine, previsto dall'art. 30 del codice, di centoventi giorni [cap. 17, par. 6.4, per l'analisi dettagliata della questione].

L'art. 112, comma 4 cod. proc. amm., disponeva, nella sua originale formulazione, che tale connessa domanda potesse essere fatta valere anche nel processo di ottemperanza che, in tale ipotesi, si sarebbe dovuto svolgere «*nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario*».

Il decreto legislativo n. 195 del 2011 ha abrogato quest'ultima disposizione: la ragione giustificativa va rinvenuta nell'esigenza di evitare che profili nuovi, come quelli connessi all'esame della richiesta risarcitoria, potessero essere esaminati per la prima volta in sede di ottemperanza, con conseguente violazione del principio del doppio grado di giudizio⁷⁶. Ne consegue che, oggi, l'azione di risarcimento del danno correlata all'azione di annullamento può essere proposta, dopo il giudicato, esclusivamente in sede di giudizio ordinario di cognizione⁷⁷.

L'art. 112, comma 3 cod. proc. amm., consente, invece, la proposizione dell'azione di risarcimento dei danni «*connessi alla impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione*»⁷⁸.

Si tratta di un'azione tipicamente esecutiva che si riferisce ad eventi successivi al giudicato strettamente correlati al dovere di esecuzione della sentenza.

In particolare, il comma 3 disciplina plurimi e distinti profili di danno⁷⁹.

Il riferimento alle due diverse situazioni della «*impossibilità*» o della «*mancata esecuzione*» del giudicato, mette in rilievo – come evidenziato dalla giurisprudenza⁸⁰ – che il danno può essere effetto: *i*) della oggettiva impossibilità di esecuzione, dipendente da cause diverse ed (eventualmente) estranee al giudizio, in particolare non ri-

⁷⁵ La diversità rispetto all'ipotesi in cui è proposta un'azione di risarcimento autonoma si giustifica perché in questo caso la domanda prescinde dalle vicende relative al potere pubblico, le quali possono assumere rilevanza soltanto ai fini dell'eventuale valutazione del comportamento della parte che non ha impugnato tempestivamente il provvedimento lesivo (art. 30, comma 3, cod. proc. amm.); si v. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2031; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693.

⁷⁷ È evidente che l'esigenza di valutare, per le ragioni indicate, quali saranno gli sviluppi dell'azione amministrativa, ai fini del giudizio sulla spettanza del bene della vita, implica che tale giudizio sarà strettamente dipendente da quello eventuale di ottemperanza.

⁷⁸ Sui diversi profili di danno sussumibili nella disposizione cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259.

⁷⁹ Sui diversi profili di danno sussumibili nella disposizione cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259.

⁸⁰ Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259.

conducibili al comportamento dell'amministrazione; *ii*) del comportamento attivo dell'amministrazione, in quanto essa con diverso esercizio del potere – non strettamente afferente all'esecuzione del giudicato – rende impossibile l'esecuzione; *iii*) del comportamento omissivo dell'amministrazione, la quale, non eseguendo il giudicato, rende – per il tramite della sua inerzia – non più eseguibile lo stesso; *iv*) della violazione o all'elusione del giudicato medesimo, previa la declaratoria della nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato (art. 114, comma 4); *v*) indirettamente, della ritardata attuazione del giudicato, per avere l'amministrazione emanato un provvedimento nullo; *vi*) direttamente (e distintamente) dell'adozione del provvedimento nullo, una volta verificato l'effetto causativo di danno.

Con specifico riguardo all'impossibilità di esecuzione del giudicato in forma specifica, oggetto del ristoro per equivalente monetario è la lesione della posizione sostanziale accertata dal giudice della cognizione e coperta dal passaggio in giudicato della decisione⁸¹.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁸² ha chiarito che, nonostante l'espressa qualificazione in termini di azione risarcitoria, detta azione presenta, rispetto al tradizionale risarcimento del danno, delle peculiarità. Invero, in deroga alla disciplina generale della responsabilità civile (e, in particolare, a quanto previsto dall'art. 1218 cod. civ.), è ammessa una forma di responsabilità che, in ragione della sua configurabilità non dipendente dalla violazione o elusione del giudicato ma dalla impossibilità di esecuzione in forma specifica, prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato e l'impossibilità – sebbene derivante da causa non imputabile – non estingue l'obbligazione nascente dal giudicato, *«ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura “risarcitoria”, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato»*.

L'Adunanza plenaria, nella sentenza in esame, ha, tuttavia, chiarito che, pur se non è richiesta la sussistenza dell'elemento soggettivo, devono essere presenti gli altri elementi essenziali ai fini della configurazione di un illecito, rappresentati dal rapporto di causalità e dall'antigiuridicità della condotta.

Per quanto attiene all'ambito applicativo della norma in esame, la sentenza in esame ha sottolineato che la domanda risarcitoria deve essere proposta nei confronti dell'amministrazione. La domanda che, invece, la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato propone nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, *«esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa»*, trattandosi *«di una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto una diritto soggettivo di contenuto patrimoniale»*⁸³.

⁸¹ L'art. 112, comma 3, cod. proc. amm. fa riferimento, infatti, ad un danno “connesso” alla impossibilità dell'esecuzione e non già “conseguente” a tale impossibilità; non si tratta, quindi, necessariamente di un danno “nuovo”, ma anche del danno accertato con la sentenza passata in giudicato, non più riparabile nelle forme ivi indicate.

⁸² Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2.

⁸³ Più nel dettaglio, nella parte conclusiva della sentenza dell'Adunanza plenaria, citata nel testo, si

7.5. La conversione delle azioni

L'analisi sin qui svolta ha dimostrato come non sia semplice stabilire quando si è in presenza di un'azione di ottemperanza o di un'azione di cognizione. Le parti normalmente propongono due azioni, una innanzi al giudice dell'ottemperanza e l'altra innanzi al giudice della cognizione.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha, tuttavia, affermato che è possibile proporre un solo ricorso davanti al giudice dell'ottemperanza, sia *«in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, sia *«in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, quale è la nullità»*⁸⁴.

Il giudice dell'ottemperanza, in questi casi, dovrà qualificare, ai sensi dell'art. 32, comma 2, primo periodo, cod. proc. amm., le domande prospettate, *«distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che, invece, hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii»*.

Ne consegue che *«nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda»*. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione. Ciò presuppone che tale azione sia proposta non già entro il termine proprio dell'*actio iudicati* (dieci anni, ex art. 114, comma 1, cui rinvia l'art. 31, comma 4, cod. proc. amm.), bensì entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 cod. proc. amm.

L'Adunanza plenaria, infine, nella sentenza in esame, ha chiarito che detto potere di disporre la conversione delle azioni può essere esercitato esclusivamente dal giudice dell'ottemperanza e non dal giudice della cognizione perché solo il primo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21-septies, legge n. 241 del 1990 e 114, comma 4, lett. b), cod. proc. amm., *«è competente, in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato e per l'accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione del giudicato»*.

afferma quanto segue: *«la ricostruzione che precede non esclude che l'amministrazione, chiamata a risarcire il danno ai sensi dell'art. 112, comma 3, cod. proc. amm., possa vantare un'azione nei confronti del beneficiario che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo travolto dal giudicato»*. In particolare, *«si tratta di azione di regresso collegata a un'obbligazione risarcitoria di natura solidale o di azione di ingiustificato arricchimento per il disequilibrio causale derivante dal collegamento tra le posizioni sostanziali in gioco, essa – secondo la disciplina sostanziale e processuale propria dell'azione che si ritenga esperibile – presupporrebbe l'accertamento (della sussistenza) della giurisdizione di questo giudice, della sua proponibilità nell'ambito del giudizio di ottemperanza, anziché con azione ordinaria, ma, soprattutto, richiederebbe una domanda in tal senso dell'amministrazione»*.

⁸⁴ Cons. Stato, Ad. plen., n. 2 del 2013, cit.

8. Il regime delle sopravvenienze

Il legislatore non ha dettato una disciplina, in ragione dell'intrinseca variabilità dei casi concreti, relativa alla rilevanza che possono avere nel processo le sopravvenienze, di fatto e diritto, al giudicato.

Le sopravvenienze di fatto devono essere tali da incidere o, comunque, condizionare la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica. La loro rilevanza è "attenuata" dalla previsione della tutela per equivalente azionabile nel caso in cui non si possa produrre un effetto di ripristinazione pieno (art. 112, comma 3, cod. proc. amm.).

Le sopravvenienze di diritto possono influenzare anch'esse la fase dell'ottemperanza.

Un primo orientamento giurisprudenziale ritiene che debba trovare applicazione la norma vigente al momento della notificazione della sentenza definitiva⁸⁵.

Un secondo orientamento ritiene, invece, che il rapporto tra giudicato e *ius superveniens* non sia ricostruibile secondo un unico modello predefinito⁸⁶.

In particolare, secondo detto orientamento, occorre svolgere un giudizio di compatibilità processuale e procedimentale.

In relazione al primo tipo di giudizio, il suddetto rapporto è strettamente correlato all'oggetto del sindacato giurisdizionale, il quale dipende dalla tipologia di azione proposta e di potere pubblico esercitato e dal contenuto precettivo dello *ius superveniens*.

In particolare, occorre distinguere, da un lato, le fattispecie che consentono al giudice amministrativo, sulla falsariga di quanto avviene nel processo civile, di svolgere, nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, un sindacato pieno sul rapporto dedotto nel processo, e, dall'altro, le fattispecie che non permettono che il sindacato abbia una tale estensione.

La prima evenienza si verifica quando viene, ad esempio, proposta un'azione avente ad oggetto un potere amministrativo vincolato ovvero un'azione di condanna al risarcimento del danno, la quale presuppone anch'essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l'accertamento pieno del rapporto.

In questi casi il principio generale – derogabile in ragione della peculiarità di sin-

⁸⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 8 gennaio 1986, n. 1; Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2008, n. 3615; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n. 36. Questa tesi sembra, invece, anche se non in modo chiaro, essere stata seguita, sia pure non in relazione alla specifica questione posta, da Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11. In particolare, richiamando precedenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa, si è affermato che «nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima».

⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, n. 3569 del 2012, cit.; Cons. Stato, sez. VI, n. 1472 del 2014, cit.

gole fattispecie e dei valori ad esse sottesi – è quello della prevalenza del giudicato sulla normativa sopravvenuta.

Ciò in quanto, nonostante manchi una norma costituzionale che riconosca espressamente l'intangibilità del giudicato, la legge sopravvenuta, come affermato più volte dalla Corte Costituzionale, non può incidere – in ossequio al principio di divisione dei poteri giurisdizionali e normativi (artt. 101, 102 e 104 Cost.) e alla garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi (artt. 24 e 113 Cost.) – su «*questioni coperte dal giudicato*» ledendo l'affidamento di chi abbia ottenuto «*il riconoscimento giudiziale definitivo*»⁸⁷. La Corte ha chiarito che la funzione giurisdizionale non è, invece, violata nel caso in cui il legislatore si muova «*sul piano generale ed astratto delle fonti*» e costruisca «*il modello normativo cui la decisione giudiziale deve riferirsi*»⁸⁸.

In definitiva, quando ricorrono le condizioni sin qui esposte, la legge successiva che, con efficacia retroattiva, interferisce con l'accertamento giudiziale dotato del crisma della definitività e della pienezza sarebbe contraria agli evocati principi costituzionali, con conseguente sua irrilevanza e prevalenza del giudicato.

La seconda evenienza si realizza quando viene proposta un'azione avente ad oggetto un potere discrezionale che impedisce normalmente al giudice amministrativo, in ossequio al principio costituzionale di separazione dei poteri, di accertare pienamente il rapporto controverso.

In questi casi l'azione di cognizione conduce alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta, lasciando priva di vincoli la futura attività amministrativa che non è stata oggetto di sindacato giurisdizionale. L'eventuale giudizio di ottemperanza, pertanto, si caratterizza per la concomitanza, secondo quanto già rilevato [parr. 7.1-7.1.1], di aspetti di esecuzione e cognizione.

In presenza di tali azioni che, per le ragioni indicate, non sono idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerti pienamente il rapporto controverso, la relazione tra legge successiva e giudicato assume connotati diversi.

⁸⁷ Corte cost. n. 374 del 2000.

⁸⁸ Corte cost. n. 432 del 1997 e n. 397 del 1994. La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha anch'essa sancito il divieto di ingerenza, a sensi dell'art. 6, par. 1 della Convenzione, del legislatore nell'amministrazione della giustizia «*allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia*» (, Corte eur. dir. uomo, 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia). Il Consiglio di Stato aveva già affermato – con riferimento ad un caso in cui si trattava di stabilire se una legge sopravvenuta potesse incidere negativamente su un giudicato che aveva riconosciuto la sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto, con obbligo dell'amministrazione di provvedere al pagamento di tutte le prestazioni retributive e previdenziali – che «*l'immutabilità del giudicato non può cedere di fronte a norme sopravvenute aventi efficacia retroattiva*». Ciò in quanto «*il Parlamento non può sovrapporsi alla Magistratura modificando "ex post" singole situazioni già definite dal giudice e coperte dall'autorità del giudicato*» (Cons. Stato, Ad. plen., 21 febbraio 1994, n. 4). Lo stesso Consiglio di Stato aveva, però, puntualizzato – con riferimento all'accertamento del dovere di corrispondere da parte della pubblica amministrazione prestazioni periodiche – che in presenza di «*situazioni giuridiche durevoli*» la legge sopravvenuta, pur non potendo incidere, per le ragioni indicate, sul rapporto pregresso accertato con il giudicato, può disciplinare diversamente il «*tratto dell'interesse che si svolge successivamente*» ad esso, «*determinando non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica*» (Cons. Stato, Ad. plen., 11 maggio 1998, n. 2; si v. anche Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2010, n. 1876).

La normativa successiva, potendo occupare gli spazi lasciati liberi dal giudicato, realizza normalmente una successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico. La prevalenza del giudicato si ha soltanto nel caso in cui la predetta normativa sovrapponga, in relazione a quello specifico tratto della vicenda amministrativa vincolato dalla sentenza, la propria regola giuridica a quella giudiziale al fine esclusivo di correggere l'esercizio delle funzioni del giudice.

Questa evenienza si verifica soprattutto in presenza di leggi provvedimento che si caratterizzano per avere un contenuto particolare e concreto incidendo su un numero limitato e determinato di destinatari [cap. 2, par. 9]. In tale ambito si collocano le cosiddette leggi di sanatoria che perseguono lo scopo, contrario a Costituzione, di stabilizzare gli effetti di un determinato provvedimento amministrativo eliminando, in via normativa, il vizio di legittimità riscontrato nell'ambito del processo.

In definitiva, seguendo questo secondo orientamento, l'ampiezza dell'accertamento sostanziale contenuto nella sentenza passata in giudicato condiziona gli spazi di applicabilità della normativa sopravvenuta, senza che rilevi il momento della notificazione della sentenza.

In relazione al giudizio di compatibilità procedimentale, la normativa sopravvenuta non deve porsi in contrasto con le fasi del procedimento amministrativo definite e non oggetto di sindacato giurisdizionale.

Il procedimento amministrativo si compone, come visto, delle fasi, autonome e collegate, dell'iniziativa, dell'istruttoria, costitutiva e dell'efficacia [cap. 10, par. 2].

Se nel momento in cui devono svolgersi la fase intermedia dell'istruttoria o quelle successive muta la disciplina, la stessa si applica purché non risulti incompatibile con le fasi già esaurite nel vigore della previgente normativa.

La stessa regola si applica nel caso in cui talune fasi procedurali si debbano rinnovare dopo il giudicato di annullamento delle stesse. In tal caso, la ripetizione deve assicurare la conservazione dei momenti procedurali sottratti all'effetto di eliminazione derivante dal giudicato.

La ragione sottesa a tale regola risiede nell'esigenza di assicurare il rispetto dei principi di economicità e di celerità dell'azione amministrativa (art. 1 legge n. 241 del 1990), che non ammetterebbero la ripetizione di atti che si sono svolti in modo conforme ai parametri legali.

Le regole sin qui esposte trovano applicazione anche nel caso in cui la nuova normativa intervenga nel corso del processo. L'unica diversità attiene al fatto che di essa il giudice amministrativo deve tenere conto ai fini della definizione dell'effetto conformativo. Tale effetto, infatti, come già sottolineato, si indirizza all'attività amministrativa futura [cap. 26, par. 10.1].

In definitiva, se il giudice conosce già il contenuto di tale normativa al momento della decisione e la stessa supera il giudizio di compatibilità processuale e procedimentale, essa entra nel contenuto del giudicato e l'amministrazione, nella fase di rinnovo del procedimento, deve attenersi ad essa⁸⁹.

⁸⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 1472 del 2014, cit.

8.1. Le sopravvenienze “europee”: cenni e rinvio

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁹⁰ ha equiparato ad una sopravvenienza normativa [par. 8] la sopravvenuta sentenza interpretativa della Corte di Giustizia dell'Unione europea. In particolare, si è affermato che, incidendo la sentenza europea su un procedimento ancora in corso e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (che non riconosceva il bene della vita finale, ma solo un interesse alla conclusione del procedimento), la sentenza interpretativa *«ha determinato non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica»*.

Qualora, invece, la sentenza della Corte di Giustizia incida sul giudicato, si v. cap. 4, par. 12.2].

9. Regime delle impugnazioni

L'art. 114 cod. proc. amm. prevede che le disposizioni che disciplinano il rito dell'ottemperanza *«si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza»* (comma 8) e che *«i termini per la proposizione delle impugnazioni sono quelli previsti nel Libro III [cap. 26, Parte Terza]»* (comma 9).

Il legislatore ha chiarito, dunque, quali siano le modalità procedurali di svolgimento del giudizio impugnatorio⁹¹ e i termini di proposizione delle impugnazioni stesse ma non ha preso posizione in ordine alla questione relativa ai limiti dell'appello.

La prevalente giurisprudenza amministrativa precedente al codice⁹² riteneva che la misura dell'appellabilità fosse strettamente connessa alla natura del giudizio di ottemperanza [par. 10]. Conseguentemente, si escludeva l'appellabilità soltanto delle sentenze che contenevano misure di mera attuazione del giudicato mentre si ritenevano appellabili le sentenze che risolvevano *«questioni di natura cognitoria attinenti alla regolarità del rito del giudizio»*, o che accertavano *«la sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive dell'azione esperita, nonché la fondatezza della pretesa»*⁹³.

La giurisprudenza successiva al codice ha, in prevalenza, confermato questo orientamento⁹⁴.

È bene, altresì, aggiungere che, a fronte di una sentenza di ottemperanza, è possibile proporre anche il rimedio dell'opposizione di terzo da parte del litisconsorte

⁹⁰ Cons. Stato, Ad. plen., n. 11 del 2016, cit.

⁹¹ Prima della riforma occorre procedere secondo il rito ordinario: Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 novembre 2004, n. 7354.

⁹² Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2004, n. 5353.

⁹³ Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2986.

⁹⁴ Cons. Stato, sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4975.

necessario pretermesso, ovvero del terzo che sia titolare di un diritto autonomo ed incompatibile con l'accertamento contenuto nella sentenza⁹⁵. Valgono in questo caso le regole del giudizio di impugnazione in esame [cap. 26, par. 26].

Per quanto attiene, infine, al ricorso per Cassazione nei confronti della decisione del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza, l'art. 110 cod. proc. amm. (riprendendo il contenuto dell'art. 111 Cost.) prevede che il «ricorso per Cassazione è ammesso contro le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Devono, pertanto, ricorrere i presupposti già esaminati [cap. 26, par. 24].

10. La natura giuridica del giudizio di ottemperanza

L'analisi sin qui svolta consente di ricostruire la natura giuridica del giudizio di ottemperanza dopo l'adozione del codice.

L'orientamento tradizionale⁹⁶ ritiene che il giudizio di ottemperanza sia, normalmente, un giudizio misto di cognizione ed esecuzione. L'espressione cognizione non viene, però, utilizzata in senso tecnico (e, cioè, per indicare quegli aspetti non esaminati nel processo che ha condotto all'adozione della sentenza da eseguire) ma per porre in rilievo che la regola posta con la sentenza è una regola, non solo implicita, ma anche incompleta, condizionata ed elastica. In particolare, essa è: *i*) incompleta, perché la sentenza non può, per garantire il più volte enunciato principio di separazione dei poteri, accertare pienamente il rapporto; *ii*) condizionata, perché occorre prendere in esame anche lo *ius superveniens*; *iii*) elastica, perché è necessario dare un contenuto concreto all'obbligo di ripristinazione.

Questi aspetti possono, tuttavia, rinvenirsi anche nel processo civile di esecuzione, il quale può concludersi con l'adozione di una regola giudiziale incompleta nel caso in cui il sindacato, effettuato alla luce del criterio della buona fede oggettiva, abbia ad oggetto l'esercizio di poteri privati discrezionali⁹⁷. Ma, pur in assenza di tali poteri, al giudice civile non è consentito – al di fuori dei casi dei contratti cd. diseguali stipulati con una parte debole (consumatore o imprenditore) [cap. 23] – sindacare aspetti, quale, ad esempio, la definizione dell'equilibrio economico del rapporto, che rientrano nell'esclusiva valutazione delle parti.

Per quanto attiene, poi, al riferimento alla regola condizionata, la questione della rilevanza dello *ius superveniens* si pone anche nel settore privatistico, in relazione al quale si è affermato il principio secondo cui la nuova normativa può trovare

⁹⁵ Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2001; Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 1995, n. 560.

⁹⁶ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 386 ss.; C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, cit., spec. 3.

⁹⁷ Nel settore specifico del diritto societario il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle delibere del consiglio di amministrazione, non può incidere sul merito delle scelte imprenditoriali (cosiddetta *business judgment rule*): v. C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 178 ss.

applicazione soltanto quando la stessa non incida sull'esercizio della funzione giurisdizionale.

Infine, l'elasticità della regola connessa alla produzione dell'effetto di ripristinazione può rilevare anche nel giudizio civile quando viene adottata una sentenza che, dichiarando l'invalidità di un atto negoziale, pone questioni relative all'incidenza sui rapporti *medio tempore* attuati.

In definitiva, le connotazioni della regola giudiziale propria del giudicato amministrativo, che dovrebbero indurre a qualificare il giudizio di ottemperanza quale giudizio misto di cognizione ed esecuzione possono essere tipiche anche del solo giudicato civile che è attuato con un processo di sola esecuzione. Questo, ovviamente, non significa una completa omologazione dei due processi: la diversità persiste sia perché ciò che nel diritto privato è una evenienza non frequente nel processo amministrativo è la regola, sia perché, anche quando si realizzano le medesime condizioni, rimane sempre la peculiarità dipendente dalla natura pubblica del potere esercitato.

Chiarito ciò, si tratta di verificare se possa, sotto altro aspetto, ritenersi che il giudizio di ottemperanza sia un giudizio misto di esecuzione e di cognizione nel senso che in esso possano essere fatti valere, per la prima volta, aspetti non esaminati nella sentenza da eseguire.

Questa qualificazione sarebbe corretta se si ritenesse che il codice abbia optato per la regola secondo cui tutto ciò che accade dopo la decisione che definisce il giudizio si fa valere innanzi al giudice dell'ottemperanza. Tuttavia, l'analisi svolta ha dimostrato come la valorizzazione di alcune disposizioni contenute nel codice, unitamente all'esigenza di assicurare i principi di separazione dei poteri e del doppio grado di giudizio, conduca a ritenere che nel giudizio di ottemperanza non possano entrare aspetti di cognizione non esaminati nel giudizio ordinario. Questa soluzione interpretativa, per esigenza di coerenza del sistema, deve valere sempre a prescindere dall'atteggiamento dell'amministrazione, attivo o passivo, nell'ambito del procedimento o dopo il passaggio in giudicato della sentenza [parr. 7-7.4].

È bene aggiungere che la conclusione cui si è pervenuti non è contraddetta dalla circostanza, messa in rilievo dall'Adunanza plenaria⁹⁸, secondo cui nel giudizio di ottemperanza possono essere proposte anche azioni di nullità e azioni di risarcimento del danno. Anche a volere ritenere che tali azioni siano vere e proprie azioni di cognizione ciò non significa che con esse si possano far valere aspetti nuovi non oggetto del giudicato. La loro proposizione è, infatti, sempre strumentale all'attuazione del giudicato.

Il giudizio di ottemperanza, qualunque sia la nozione di "cognizione" che si prende in esame, è, secondo la tesi preferibile, un giudizio di sola esecuzione, sia pure speciale⁹⁹ con poteri di merito del giudice limitati alla sostituzione dell'amministrazione

⁹⁸ Cons. Stato, Ad. plen., n. 2 del 2013, cit.

⁹⁹ Si v., a tale proposito, le osservazioni di A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1645 ss.; M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, spec. 549 ss.

nei limiti del giudicato e con possibilità di proporre in esso esclusivamente azioni esecutive. La suddetta qualificazione costituisce l'esito dell'analisi delle norme del codice e, a sua volta, essa stessa fornisce un elemento aggiuntivo per interpretare le norme del codice che presentano un contenuto di non univoca lettura.

La ricostruzione proposta non incide negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale. Il codice, infatti, ha rafforzato, anche mediante il potenziamento dei mezzi istruttori, i poteri cognitori del giudice amministrativo, il quale può estendere sempre più il proprio sindacato, pur nel rispetto del principio di separazione dei poteri, al rapporto giuridico dedotto in giudizio. Inoltre, il legislatore del diritto sostanziale – introducendo la regola fondamentale dell'irrelevanza, ricorrendo taluni presupposti, dei vizi formali [cap. 11, par. 23] – ha contribuito a ridurre gli spazi del possibile riesercizio del potere pubblico. Nel caso in cui tali vizi abbiano, invece, valenza invalidante, il giudice deve evitare la prassi dell'assorbimento dei motivi ed estendere il sindacato all'assetto sostanziale degli interessi [cap. 26, par. 2.5].

In definitiva, il legislatore, processuale e sostanziale, e il giudice devono muoversi nella direzione volta ad assicurare che la sentenza definisca, ove possibile, la vicenda controversa stabilendo, in via definitiva, chi ha torto e chi ha ragione.

