

*Il giudizio di ottemperanza: attuale rilevanza,
applicazione e ruolo sistematico nel processo
amministrativo*

1. Introduzione

Il presente lavoro ha ad oggetto l'interrogativo circa la funzione svolta, nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, dal giudizio di ottemperanza, ossia l'istituto delineato per assicurare l'attuazione dei provvedimenti giurisdizionali non spontaneamente eseguiti dalla pubblica amministrazione. Poiché l'intera giustizia amministrativa sta attraversando un periodo di evoluzione e ripensamento dei suoi istituti più tradizionali nell'ottica di una tutela giurisdizionale sempre più effettiva, in accordo con la Costituzione e con i principi derivanti dall'ordinamento europeo, è interessante analizzare quale sia il ruolo odierno e le prospettive del giudizio di esecuzione amministrativo anche in relazione alla fase di cognizione che lo precede.

Dato il contributo offerto da tale giudizio alla costruzione di un processo amministrativo garante dei diritti ed interessi legittimi dedotti in giudizio, nel primo capitolo viene ripercorsa l'evoluzione storica dell'istituto, utile altresì, per comprenderne i caratteri attuali.

Analizzando le origini del giudizio di ottemperanza, che coincidono con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato e della giurisdizione amministrativa, si evidenzia la trasformazione e l'estensione dello stesso: da mezzo nato per consentire la conformazione dell'amministrazione alle pronunce del giudice ordinario ad uno strumento esecutivo delle sentenze del giudice amministrativo. Tale processo è avvenuto grazie all'opera della giurisprudenza, un'opera, notoriamente definita da uno dei più importanti studiosi in materia, di "bruta normazione giurisprudenziale"¹.

Si prosegue, nel secondo capitolo, ad esaminare la prima disciplina compiuta del giudizio di ottemperanza, introdotta nel recente Codice del Processo Amministrativo. Ci si sofferma brevemente sulla natura, oggetto e presupposti del giudizio per poi approfondire le disposizioni del Codice riguardanti i provvedimenti per cui può essere esercitata l'azione di ottemperanza. Tra questi, nel dettaglio, ci soffermiamo sul contrastato percorso che ha ammesso l'ottemperabilità delle decisioni adottate dal Presidente della Repubblica in esito al ricorso straordinario, il quale mostra la sempre maggiore generalità acquisita dallo strumento in esame. In seguito, proseguendo con la disamina della disciplina codicistica, si mettono in evidenza le novità più importanti, orientate ad offrire maggiori garanzie al privato, tra cui la

¹ M. Nigro, Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza, in Aa.Vv., Il giudizio di ottemperanza, Milano 1983, p. 65

possibilità di esercitare l'azione di condanna all'interno del giudizio ed il peculiare mezzo dell'ottemperanza di chiarimenti. Infine, l'attenzione si focalizza sugli ampi poteri del giudice attraverso i quali, direttamente o indirettamente con la nomina del Commissario ad acta, viene data esecuzione al provvedimento giurisdizionale.

Nel terzo capitolo, il giudizio di ottemperanza viene analizzato da una prospettiva differente. Vista la sua configurazione come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito, preliminarmente si ripercorrono le ragioni dell'introduzione di tale categoria, i numerosi ed ancora non risolti contrasti sul significato da attribuire al sindacato "di merito" e le disposizioni che attualmente regolano l'istituto. In relazione all'analisi compiuta, sorge l'interrogativo circa l'utilità dell'esistenza di un'autonoma giurisdizione di merito ed in tal senso si riportano alcuni recenti orientamenti dottrinali. Parte centrale dello studio assume, in seguito, un'analisi per macro categorie della giurisprudenza più recente sulla concreta applicazione e svolgimento del giudizio di ottemperanza, rimanendo sempre nell'ottica delle peculiarità derivanti dall'inserimento nella categoria della giurisdizione di merito. Per fare ciò, rilievo essenziale assume la lettura dell'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria 2/2013 la quale ha operato un'interessante ricostruzione dei caratteri del giudizio, alla luce delle novità introdotte dal Codice. I tratti caratterizzanti vengono delineati attraverso l'esame di varie sentenze del giudice amministrativo riguardanti l'oggetto e la natura del giudizio, il rilevante problema della riedizione del potere amministrativo a cui si connettono i casi di violazione e elusione del giudicato e il ruolo svolto dal giudice e dal Commissario ad acta.

Infine, in accordo all'obiettivo del presente lavoro, il giudizio di ottemperanza viene messo in relazione sistematica al giudizio di cognizione per capire se le innovazioni che stanno interessando il giudizio di legittimità possano dar luogo ad una diversa configurazione dello stesso giudizio di esecuzione. Di conseguenza, in primo luogo, si approfondisce la tradizionale teoria del giudicato a formazione progressiva ed i suoi aspetti più critici e, in secondo luogo, si pongono in risalto, in senso esemplificativo, alcuni aspetti che hanno condotto ad un ampliamento dei poteri di decisione e cognizione del giudice di legittimità. Tra questi, in particolare, gli strumenti che consentono un'anticipazione degli effetti esecutivi in sede di cognizione.

Sommario

1. Introduzione	2
Sommario	4
1. Origine ed evoluzione storica del giudizio di ottemperanza	7
1.1. Premessa	7
1.2. Origine	7
1.3. Natura del giudizio e la ragione della mancata estensione alle sentenze del giudice amministrativo	9
1.4. Estensione del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo	11
1.5. Evoluzione della disciplina fino all'entrata in vigore del Codice di Procedura Amministrativa	12
2. Attuale configurazione nel codice	14
2.1. Cenni sull'oggetto e natura del giudizio di ottemperanza	14
2.2. Presupposti del giudizio	17
2.3. Disposizioni generali e provvedimenti per cui può essere esercitata l'azione di ottemperanza	19
2.4. Ottemperanza della decisione adottata con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica	23
2.5. Azione di condanna nel giudizio di ottemperanza	35
2.6. L'ottemperanza di chiarimenti	38
2.7. Competenza e rito	40
2.8. Poteri del giudice	42
2.9. Commissario ad acta	46
3. Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito	52
3.1. Premessa	52
3.2. Configurazione originaria della giurisdizione di merito	53
3.3. I vari orientamenti sulla nozione di giurisdizione di merito	60

a)	Cenni sul concetto di merito amministrativo	62
b)	Il declino (o forse no) della giurisdizione di merito.....	65
3.4.	La giurisdizione di merito nel Codice del Processo Amministrativo: ambito di applicazione, caratteri distintivi ed utilità della categoria.....	69
3.5.	Il giudizio di ottemperanza come giurisdizione di merito: applicazione dell'istituto nella più recente giurisprudenza	76
a)	Natura ed oggetto	79
b)	Riedizione del potere amministrativo, violazione ed elusione del giudicato	88
c)	Giudice dell'ottemperanza e Commissario ad acta.....	101
4.	Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione: verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?	121
4.1.	Premessa	121
4.2.	Giudicato a formazione progressiva: alcuni rilievi critici ..	122
4.3.	Ampliamento dei poteri di decisione e cognizione del giudice di legittimità.....	129
4.4.	Anticipazione degli effetti esecutivi in sede di cognizione: azione di adempimento e misure attuative ex art. 34, c.1, l. c), e)	136
5.	Conclusioni	142
	Bibliografia.....	149

1. Origine ed evoluzione storica del giudizio di ottemperanza

1.1. *Premessa*

Il giudizio di ottemperanza è oggi disciplinato organicamente nel titolo I del Libro IV del Codice del Processo amministrativo¹. Esso rappresenta l'istituto delineato nel nostro sistema di giustizia amministrativa, per prevalente opera della giurisprudenza, al fine di rendere effettivo l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato e rendere quindi concrete le statuizioni contenute nei provvedimenti giudiziari non spontaneamente eseguiti dall'amministrazione².

Data la sua peculiare evoluzione, è necessario soffermarsi preliminarmente sugli aspetti storici dell'istituto in questione per poi esaminare la sua attuale rilevanza, ruolo ed utilità nel sistema di giustizia amministrativa.

1.2. *Origine*

Nella sua configurazione iniziale, il giudizio di ottemperanza si

1 Approvato con D. lgs. n. 4 del 2 luglio 2010

2 L'art. 112 c.p.a., c.1, prevede: "i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti".

presentò solamente come uno strumento per obbligare l'amministrazione ad eseguire le sentenze del giudice ordinario.

Esso fu introdotto nel sistema con la c.d. Legge Crispi³, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, e si pose come completamento del sistema di giustizia amministrativa delineato nel 1865 con la c.d. Legge Abolitiva del Contenzioso amministrativo⁴.

L'allegato E dispose la soppressione del precedente sistema di contenzioso amministrativo e affidò al giudice ordinario “tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico”⁵. Quindi, il giudice ordinario aveva una cognizione estesa a qualsiasi controversia su diritti soggettivi. Tuttavia, essendo ancora in presenza, ai tempi, di una rigida concezione del principio di separazione dei poteri, aveva poteri decisorii molto ridotti. Era, infatti, preclusa al giudice ordinario la possibilità di revocare o modificare un atto amministrativo lesivo di un diritto civile o politico⁶ potendolo solamente disapplicare quando non conforme a legge⁷. E soprattutto, per ciò che riguarda il nostro argomento, non fu prevista alcuna disposizione che vincolasse l'amministrazione a rispettare la decisione del giudice ordinario. L'art. 4, c. 2, stabiliva che le autorità amministrative “si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso” ma, non prevedendo alcuna sanzione o rimedio in caso di inottemperanza, tale obbligo rimaneva nella discrezionalità dell'amministrazione, ossia come rileva autorevole dottrina “l'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario acquistava [...] il senso di indurre l'amministrazione a rimuovere essa stessa gli atti non

3 Art. 4, n. 4, L. 31 marzo 1889, n. 5992

4 L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E.

5 Art. 2, L. 20 marzo 1865, allegato E.

6 Art. 4, L. 20 marzo 1865, allegato E.

7 Art. 5, L. 20 marzo 1865, allegato E.

conformi a legge, a trarre cioè autonomamente tutte le conseguenze derivanti dall'accertamento compiuto dal giudice ordinario”⁸.

Con l'introduzione nel sistema del giudizio di ottemperanza si cercò di colmare tale vuoto di tutela, prevedendo uno strumento specifico per consentire l'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario.

1.3. Natura del giudizio e la ragione della mancata estensione alle sentenze del giudice amministrativo

L'art. 4, n. 4 della c.d. Legge Crispi, poi trasfuso nel Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato⁹, prevede che “Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito[...]dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico”. Con questa disposizione, che vide la nascita del giudizio di ottemperanza nella sua forma embrionale, si volle rendere effettivo l'obbligo posto in capo all'amministrazione di conformarsi al giudicato del giudice ordinario.¹⁰

In primo luogo, occorre rilevare che tale giudizio fu inserito fra le ipotesi tassativamente previste di giurisdizione di merito, in cui il giudice “decide pronunciando anche in merito”¹¹ costituendo quindi, un'eccezione rispetto alla giurisdizione generale di legittimità. In

8 M. Clarich, Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, Dir. Proc. Amm., 1998, p. 523

9 Art. 27, n. 4, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054

10 Art. 4, c. 2, L. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E

11 Art. 4, L. 31 marzo 1889, n. 5992

questo modo si consentiva al giudice di sostituirsi all'amministrazione annullando o riformando in tutto o in parte l'atto amministrativo illegittimo. Oggi, si pongono interrogativi circa la reale utilità e portata applicativa della giurisdizione di merito che saranno esaminati in seguito.

In secondo luogo, si può notare che la tutela giurisdizionale esecutiva non fu prevista per la neo-istituita¹² giurisdizione amministrativa. Il giudizio di ottemperanza, in origine, non si applicava quindi alle pronunce del giudice amministrativo.

Le ragioni di tale scelta furono varie. Una prima ragione è da ravvisarsi nel fatto che la giurisdizione amministrativa venne originariamente concepita come giurisdizione di mero annullamento di atti amministrativi illegittimi. Si riteneva che non vi fosse né spazio né necessità di un rimedio esecutivo poiché l'annullamento, rimuovendo l'illegittimità ex tunc, avrebbe ripristinato la situazione antecedente e soddisfatto la pretesa del ricorrente. Inoltre, l'attività positiva successiva alla pronuncia era ritenuta propria della P.A.¹³

Un'altra ragione può imputarsi all'interpretazione del principio della separazione dei poteri, a quel tempo molto rigida. Evitando di prevedere un giudizio di esecuzione per le pronunce di annullamento rese dal giudice amministrativo si lasciava all'autonomia dell'amministrazione la fase dell'adempimento¹⁴.

Infine, un ulteriore motivo, può essere ricondotto al fatto che era ancora dibattuta la stessa natura giurisdizionale della IV Sezione del

12 Con la c.d. L. Crispi

13 M.E. Schiana, I poteri del giudice amministrativo nella fase di esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione, 2003, in www.giustizia-amministrativa.it

14 D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 5

Consiglio di Stato e, conseguentemente, l'esistenza di un giudicato in senso tecnico da eseguire. La natura giurisdizionale della IV Sezione fu prima riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵ e poi sancita legislativamente nel 1907¹⁶.

1.4. Estensione del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo

L'estensione del rimedio dell'ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo avvenne grazie all'opera della giurisprudenza iniziata con una memorabile sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1928¹⁷. Tale fu, secondo M. Clarich “uno degli esempi più significativi di creazione giurisprudenziale di regole processuali, o addirittura, di corpi organici di regole processuali che danno origine a rimedi giurisdizionali praeter legem (o forse addirittura contra legem).”¹⁸. Parte della dottrina accolse positivamente questa novità ritenendo insufficiente per la soddisfazione piena dell'interesse del ricorrente il solo annullamento dell'atto illegittimo¹⁹. Altri invece, guardarono con diffidenza all'estensione pretoria affermando l'irragionevolezza dell'applicazione analogica dell'istituto in esame alle decisioni del giudice amministrativo²⁰.

15 Cass., SS.UU. 24 giugno 1891, n. 460 (caso Laurens)

16 L. 7 marzo 1907, n. 62

17 Cons. St. sez. IV, 2 marzo 1928, n. 181

18 M. Clarich, Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, op. cit.

19 F. Cammeo, L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A., Giur. It. 1937, III, c. 65

20 M. Clarich, Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice

Ma l'opera innovatrice della giurisprudenza continuò. In origine l'estensione si ebbe solo per la tutela dei diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva. In seguito, si consentì anche per la tutela degli interessi legittimi nell'ambito della giurisdizione di legittimità²¹. Venne poi prevista anche la figura del commissario ad acta per l'esecuzione di uno specifico comando del giudice²². Tutto ciò fu avallato dalla Corte di Cassazione solo nel 1953²³ e recepito legislativamente soltanto nel 1971 con l'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali²⁴.

1.5. Evoluzione della disciplina fino all'entrata in vigore del Codice di Procedura Amministrativa

Dal punto di vista legislativo, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. L. T.A.R.) si limitò a predisporre alcune regole processuali sul giudizio di ottemperanza riguardanti l'individuazione del giudice competente²⁵ ed il procedimento applicabile. Successivamente, la legge 21 luglio 2000, n.205 di riforma del processo amministrativo, ha solamente esteso l'ambito di applicazione del giudizio di ottemperanza alle sentenze di primo grado non sospese ed alle ordinanze cautelari, senza disciplinare compiutamente l'istituto.

Tutto ciò dimostra che il contributo fondamentale e decisivo per l'evoluzione, l'applicazione e la disciplina concreta del particolare

amministrativo, op. cit.

21 Cons. St. Sez. V, 12 maggio 1937, n. 616

22 Cons. St. Sez. V, 1934, n. 810

23 C. Cass. S. U., 8 luglio 1953 n. 2157

24 L. 6 dicembre 1971, n. 1034

25 Art. 37, c.3, c.4, L. T.A.R.

giudizio in esame, fino all'entrata in vigore del codice, è derivato dalla funzione pretoria²⁶, ossia dall'interpretazione creatrice della giurisprudenza amministrativa la quale, nel tempo e nel silenzio pressoché totale del legislatore, ha plasmato la materia.

Alcuni degli aspetti delineati dalla giurisprudenza, a titolo esemplificativo, hanno riguardato: l'oggetto del giudizio, i presupposti formali, i poteri e la natura del giudice e del commissario ad acta, il problema delle sopravvenienze di fatto e di diritto alla sentenza passata in giudicato.²⁷

È stato, quindi, necessario attendere più di un secolo affinché fosse emanata una normativa organica e completa. Ciò è avvenuto con l'entrata in vigore del D. lsg. n. 4 del 2 luglio 2010. Il codice, nel disciplinare l'ottemperanza, oltre ad aver recepito i più importanti indirizzi giurisprudenziali, ha anche introdotto significative novità

26 S. Giacchetti, Il Giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa, 1988, in www.lexitalia.it

27 M. Clarich, Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, op. cit.

2. Attuale configurazione nel codice

2.1. Cenni sull'oggetto e natura del giudizio di ottemperanza

Prima di affrontare la disciplina codicistica, è opportuno accennare all'oggetto ed alla natura del giudizio di ottemperanza. Tali temi saranno affrontati anche successivamente con riferimento alla funzione del giudizio ed al suo rapporto con il giudizio di cognizione.

Per quanto riguarda l'oggetto del giudizio, la dottrina e la giurisprudenza sono, oggi, tendenzialmente concordi nel ritenere che esso sia rappresentato dalla valutazione da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo¹ di conformarsi al giudicato da parte dell'amministrazione. Dunque, la verifica è volta ad accertare se la pubblica amministrazione abbia adempiuto o meno all'obbligo scaturente dalla sentenza da eseguire e se l'interessato abbia conseguito o meno l'utilità riconosciutagli in sede di cognizione. Oggetto del giudizio è, quindi, la determinazione di che cosa l'amministrazione debba fare² per ottemperare al giudicato³. Una recente pronuncia del Consiglio di Stato afferma infatti, che l'esperimento dell'azione di ottemperanza è consentito tutte le volte in cui vi sia una difformità tra

1 Secondo G. Soricelli si tratta di obblighi specifici e diretti scaturenti dal giudicato e dalla sentenza amministrative esecutive. Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi, in www.federalismi.it, 2013

2 L'esecuzione trova tuttavia un limite nell'impossibilità di darvi attuazione sia per atti o fatti sopravvenuti che per circostanze verificatesi in epoca anteriore alla definizione del giudizio di ottemperanza, T.A.R. Catania, sez. II, 29 ottobre 2013, n. 2601

3 Cons. St. A. Plen. 14 luglio 1978, n.23, in F.O. Zuccaro, Il giudizio di ottemperanza: Codice delle fonti giurisprudenziali, Maggioli editore, 1994

le modalità di riesercizio del potere amministrativo e le statuizioni della sentenza. Inoltre, puntualizza che costituisca “*jus receptum*” l’affermazione per cui il parametro per la verifica dell’osservanza da parte della P.A. dell’obbligo di adempiere quanto stabilito nel giudicato è quello dell’esatto adempimento (*ex art. 1218 c.c.*)⁴.

Effettuando tale compito, il giudice enuclea e delinea i contenuti degli obblighi da eseguire nei limiti dell’effettivo contenuto della sentenza della cui ottemperanza si tratta⁵. Quindi, i limiti dell’oggetto del giudizio vengono fatti coincidere, come afferma autorevole dottrina e giurisprudenza⁶, con l’ambito su cui ha pronunciato il giudice di legittimità.

Una volta accertata l’inottemperanza al giudicato, il giudice individuerà i mezzi più opportuni affinché vi sia la soddisfazione della pretesa fatta valere dall’interessato ed infine, darà concreta esecuzione al giudicato.

L’intera tipologia di attività che compete al giudice dell’ottemperanza ci porta al secondo tema da affrontare: la natura del giudizio di ottemperanza.

Su tale argomento, si sono succeduti nel tempo vari dibattiti che ne hanno sostenuto la natura esecutiva, cognitiva oppure mista. Secondo molti⁷, dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo,

4 Cons. St. Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1511

5 Cons. St. Sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49. Tuttavia, si veda Tar Lazio, sez. II, 2 aprile 2013, n. 3299, per una visione più radicale secondo cui il giudice deve provvedere a dare soltanto esecuzione al giudicato senza effettuare ulteriori valutazioni.

6 A.F. Delitala, Il giudice dell’ottemperanza come «giudice naturale dell’esecuzione della sentenza», Foro amm. CdS, 2013, p. 1853; Cons. St. sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 848

7 G. Soricelli, Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi, op. cit.; G. Mari, Il giudizio di ottemperanza, in AA.VV. “Il nuovo processo amministrativo, studi e contributi”, Giuffrè Editore 2013

pur non avendo il codice espressamente definito il problema, il procedimento in esame è da qualificarsi come un giudizio misto, avente simultaneamente carattere esecutivo e cognitivo. Ciò sarebbe confermato dalla Relazione Finale di accompagnamento al c.p.a.⁸, dove si legge che “nella vigente disciplina, tale giudizio ha natura di cognizione e di esecuzione, con giurisdizione estesa al merito”. A sostenere la teoria mista vi è anche ampia giurisprudenza, sia recente⁹ che più risalente nel tempo. Si veda come esempio un'importante sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 1978¹⁰, nella quale già si sosteneva che si tratti di un “procedimento giurisdizionale avente carattere sui generis, a natura mista, in cui coesistono le peculiarità del processo di cognizione e del processo di esecuzione”.

La disputa sulla natura del giudizio è strettamente connessa alla sua funzione, ai suoi rapporti con il giudizio di legittimità ed agli effetti che si fanno derivare dal giudicato amministrativo¹¹. Quindi, la controversia non può dirsi totalmente conclusa.¹²

8 Relazione governativa su “Decreto legislativo concernente l'attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”, www.lexitalia.it, settembre 2010

9 Cons. St. sez IV, 27 gennaio 2015, n. 362; Cons. St. sez. V, 21 agosto 2009, n. 5013

10 Cons. St., Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23

11 Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2008, n. 976; Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, dove si rileva che gli “effetti del giudicato amministrativo hanno inevitabili ripercussioni sulla natura del giudizio di ottemperanza e sugli spazi cognitivi riservati in tale sede al giudice amministrativo”.

12 V. Lopilato lo qualifica come giudizio di sola esecuzione nella relazione “Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza” tenuta all'incontro di studio “Il Processo amministrativo nella giurisprudenza”, il 3 ottobre 2012, presso T.A.R. Lazio, Roma

2.2. Presupposti del giudizio

Secondo l'impostazione tradizionale¹³, i presupposti processuali necessari per poter esperire il procedimento in esame sono: l'esistenza di una sentenza passata in giudicato e l'inadempimento della P. A.¹⁴.

Per quanto riguarda il primo elemento, è necessario precisare che l'art. 112, c.2, lett. b), recependo la novità già introdotta dalla legge n.205/2000, consente l'esperibilità del rimedio anche per le sentenze non ancora passate in giudicato ma solamente esecutive del giudice amministrativo. L'ampia tipologia di provvedimenti ottemperabili previsti dal codice, frutto di una lunga evoluzione¹⁵, hanno consentito di qualificare l'ottemperanza come rimedio di carattere generale¹⁶ per l'esecuzione delle sentenze che si rivolgono all'amministrazione.

Il secondo presupposto di carattere "sostanziale"¹⁷, è costituito dalla violazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato ossia,

13 Seguita recentemente da D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, op. cit. p. 41

14 In dottrina vi è chi delinea, come unico presupposto del giudizio d'ottemperanza, l'esistenza di un provvedimento esecutivo del giudice amministrativo (o di altro giudice o del collegio arbitrale) facendo rientrare l'inadempimento dell'amministrazione nell'oggetto del giudizio perché su tale aspetto si svolge l'attività di accertamento del giudice. S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo*, contributo redatto per il volume "Giustizia amministrativa", a cura di F.G. Scoca, G. Giappichelli Editore, Torino 2014; S. Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p.105

15 Cons. St. Ad. Plen., 1 aprile 1980, n. 10 e Cass. S.U., 18 settembre 1970, n. 1563 affermavano che l'ammissione dell'azione di ottemperanza per la sentenza ancora impugnabile provocherebbe una inaccettabile compressione delle possibilità operative dell'amministrazione riguardo alle sentenze che necessitano di ulteriore attività amministrativa.

16 G. Soricelli, *Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi*, op. cit. p. 40; P. De Leonardis, *L'ottemperanza nell'amministrazione tra imparzialità e commissario ad acta*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 6

17 A.F. Delitala, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»* op. cit. p.1854

dall'inesecuzione della sentenza da parte dell'amministrazione. Oggi, l'inadempimento si configura attraverso varie fattispecie. La prima ipotesi, originariamente l'unica¹⁸ per cui si consentiva l'ammissibilità del giudizio, è l'inerzia o il rifiuto espresso di eseguire il giudicato. Altre ipotesi, per cui si è giunto¹⁹ a consentire l'azionabilità del procedimento sono la violazione e l'elusione del giudicato. Si ha violazione quando il nuovo atto contrasta con il giudicato riproducendo gli stessi vizi già censurati oppure, si pone in contrasto con precise e puntuali statuizioni del giudice. Ricorre invece l'elusione quando l'amministrazione formalmente provvede a dare esecuzione alle statuizioni del giudice ma, in realtà, persegue l'obiettivo di aggirarle sostanzialmente, ottenendo lo stesso risultato già ritenuto illegittimo²⁰. Si ha, inoltre, inadempimento nel caso di adozione di un atto che adempie soltanto parzialmente le statuizioni del giudice²¹. La competenza del giudice dell'ottemperanza per tutti gli atti di violazione

18 Cons. St. Ad. Plen., 27 ottobre 1969, n.27 in cui si legge che qualsiasi riedizione del potere rende esperibile solamente l'ordinario giudizio di legittimità. Per gli esiti paradossali di tale impostazione si legga dell'emblematica storia di un funzionario delle F.S. che negli anni '70, pur avendo ottenuto l'annullamento di circa 18 provvedimenti sanzionatori illegittimi, non riuscì mai ad ottenere l'atto positivo che avrebbe soddisfatto la sua pretesa. Questo perché, era consentito ricorrere al giudice dell'ottemperanza solo in caso di inerzia o di «macroscopica elusione» dell'amministrazione. Il racconto è tratto da S. Giacchetti, *Il Giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, op. cit.

19 Si sono succedute varie teorie sulla possibilità di ricorrere al giudice dell'ottemperanza per atti successivi al giudicato. In particolare, secondo un orientamento sviluppatosi negli anni '80, che si basava sul criterio della natura del potere amministrativo esercitato, era possibile ricorrere in ottemperanza solo nel caso in cui dalla sentenza fossero derivati obblighi talmente puntuali da non lasciare spazio ad attività discrezionale della P.A. Negli altri casi, invece, poiché non si trattava di un vizio di carenza di potere ma di un vizio di legittimità, si poteva agire di fronte al giudice ordinario. In questo senso: Cons. St. Ad. Plen., 11 marzo 1984, n.6.

20 Una recentissima pronuncia definisce la nozione di violazione ed elusione del giudicato. Cons. St. sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4604

21 G. Soricelli, *Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi*, op. cit. p. 41

ed elusione del giudicato è stata prima confermata dal legislatore nel 2005²², laddove ha previsto, tra le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, la violazione ed elusione del giudicato. Poi il c.p.a., in linea con quanto previsto dalla Relazione Finale di accompagnamento²³, all'art 114, c. 4, l. b, ha inserito tra i poteri del giudice dell'ottemperanza, la possibilità di dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato.

2.3. Disposizioni generali e provvedimenti per cui può essere esercitata l'azione di ottemperanza

Nel proseguo, ci soffermeremo sull'analisi delle disposizioni del Libro IV, Titolo I del nuovo Codice del Processo Amministrativo, dedicato al giudizio di ottemperanza, al fine di delineare in termini generali la disciplina attuale dell'istituto.

Partendo dalle disposizioni generali, l'art.112 c.p.a., 1c., secondo cui «I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti» codifica l'obbligo di esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo estendendo tale onere alle altre parti che hanno partecipato al processo quindi, altresì alle parti private²⁴.

22 L.15/2005 ha introdotto l'art.21-septies, c. 2, alla L.241/90

23 Si legge infatti, che tutte le questioni di inesecuzione, elusione, violazione del giudicato confluiscono nel giudizio di ottemperanza.

24 C. Russo, F. Fornataro, *Le azioni nel codice del processo. Termini, condizioni e forme di proposizione.*, Giuffrè Editore, 2013. Per una lettura diversa del concetto di "altre parti" si veda D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, op. cit. p. 74, per cui l'obbligo di ottemperare incombe anche su amministrazioni diverse da quelle partecipanti al giudizio di cognizione quando su di esse vi è una diretta responsabilità di ripristino della situazione

La nozione di pubblica amministrazione deve essere intesa in senso ampio così da farvi rientrare i soggetti privati cui spetta l'esercizio di funzioni amministrative. Ciò è confermato dall'art. 7, c. 2, c.p.a. che rinvia alla definizione di pubblica amministrazione contenuta nella legge sul procedimento amministrativo²⁵.

Nel secondo comma dell'art. 112 c.p.a. vengono enumerati i provvedimenti suscettibili di essere attuati mediante l'azione di ottemperanza. In primo luogo si menzionano le sentenze del giudice amministrativo²⁶. Non ha più rilevanza²⁷, ai fini dell'ammissibilità del giudizio, la distinzione tra sentenze passate in giudicato e sentenze semplicemente esecutive. Si tratta in concreto delle sentenze dei T.A.R. appellate e non sospese dal Consiglio di Stato. Alle sentenze esecutive vengono equiparati gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo. Si ritiene²⁸ che a questa categoria vadano ricondotte le misure cautelari rimaste ineseguite.

Una seconda categoria di atti ottemperabili sono le sentenze passate in giudicato e gli altri provvedimenti assimilabili, perciò dotati della medesima stabilità, del giudice ordinario²⁹. Questa previsione è certamente una conferma dell'originale compito affidato al giudizio di ottemperanza. A differenza delle sentenze amministrative, non è stato previsto il procedimento d'ottemperanza per le sentenze esecutive del

anteriore all'annullamento dell'atto illegittimo.

25 L. 240/90, art. 29 -Ambito di applicazione- «Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative.»

26 Art. 112, c. 2, lett. a), c.p.a.

27 La distinzione mantiene rilevanza in ordine ai poteri del giudice.

28 Tra molti, F.G. Scoca, Giustizia Amministrativa, op. cit. p. 607 ed A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 375

29 Art. 112, c. 2, lett. b), c.p.a.

giudice ordinario. Tale distinzione è stata ritenuta legittima sia da parte della Corte Costituzionale³⁰ che da parte del Consiglio di Stato³¹. I giudici hanno affermato che la previsione con cui si consente l'attuazione delle sentenze esecutive del giudice amministrativo rientra nella discrezionalità del legislatore. Ciò perché non è comparabile l'azione esecutiva civile esperibile per le sentenze esecutive del giudice ordinario e l'azione di ottemperanza alle sentenze amministrative esecutive. Il Consiglio di Stato ha aggiunto che il giudizio di ottemperanza si atteggia come un rimedio facoltativo e non obbligatorio, rispetto all'ordinario strumento di esecuzione previsto per il giudicato civile ossia, l'esecuzione forzata.

In riferimento ai provvedimenti equiparati alle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario, attuabili dal giudice amministrativo, la giurisprudenza³² concorda nell'ammettere l'ottemperanza dei decreti ingiuntivi non opposti o la cui opposizione stia stata rigettata.

L'Adunanza plenaria³³ ha recentemente esteso il rimedio anche alle ordinanze di assegnazione di somme emesse dal giudice di esecuzione nell'ambito dell'esecuzione forzata.

Art. 112 c.p.a. consente inoltre l'esperibilità del ricorso per l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti equiparati, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza con la finalità di conseguire l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi alla decisione³⁴. Si tratta, come si legge nella Relazione Finale di accompagnamento al Codice del

30 Corte Cost., 21 marzo 2005, ord. n. 122; Corte Cost., 25 gennaio 2006, ord. n. 44

31 Cons. St. sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 6773

32 Cons. St. sez. V, 8 settembre 2011, n. 5045; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 24 gennaio 2012, n. 47

33 Cons. St., Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 2

34 Art. 112, c.2, lett. d), c.p.a.

Processo Amministrativo, di quei provvedimenti emanati da giudici speciali per i quali non è previsto il mezzo dell'esecuzione di fronte ad essi. A questa categoria si riconducono, ad esempio, le sentenze dei Tribunali delle acque pubbliche e, dopo lunghi anni di dibattiti, i decreti decisorî resi in seguito a ricorso straordinario al Capo dello Stato³⁵.

Per ultimo, l'ottemperanza è azionabile per l'esecuzione dei lodi arbitrali esecutivi inoppugnabili affinché l'amministrazione si conformi, per il caso deciso, al giudicato³⁶.

35 L'ammissibilità all'ottemperanza delle decisioni emanate in seguito a ricorso straordinario è stata prima sostenuta dalla Cass. Sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065 ed in seguito confermata dal Cons. St. Ad. Plen. 5 giugno 2012, n. 18. Tuttavia, i giudici sostengono che tale provvedimento vada ricondotto all'art 112, c2, lett. b) in quanto si tratterebbe di atto equiparabile ai provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo.

36 Art. 112, c. 2, lett. e), c.p.a.

2.4. Ottemperanza della decisione adottata con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Un argomento a lungo dibattuto, ancora oggi di grande attualità, è l'utilizzabilità dello strumento dell'ottemperanza per l'esecuzione del decreto decisorio emanato dal Capo dello Stato all'esito del ricorso straordinario³⁷. Il problema si pone in quanto, mancando ogni riferimento normativo sulla questione, si può ammettere l'esecuzione del decreto decisorio se la sua natura è assimilabile alla sentenza passata in giudicato ovvero agli altri provvedimenti equiparabili ex art. 112 c.p.a.³⁸.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica costituisce, attualmente, uno strumento alternativo al ricorso giurisdizionale nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa³⁹. L'istituto in esame consente, su accordo delle parti ed in mancanza di opposizione da parte dei soggetti a cui è stato notificato il ricorso, di tutelare i diritti soggettivi e gli interessi legittimi lesi da un provvedimento definitivo della pubblica amministrazione attraverso la decisione, in unico grado, del Presidente della Repubblica. Il decreto finale, tuttavia, è solo formalmente adottato dal Capo dello Stato essendo necessario il previo

37 R. Fazzi, Ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura giuridica e giudizio di ottemperanza, in www.iusexplorer.it

38 G. Mancoso, Luci e ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, 16 novembre 2011, in www.federalismi.it; In senso contrario F. Salvia, Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio), Foro Amm. C.d.S., 2009, p. 1601, secondo cui, pur affermando la natura amministrativa del decreto in questione è possibile estenderne l'applicazione del giudizio di ottemperanza in virtù del principio di effettività della tutela.

39 C. Volpe, Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?, relazione del seminario di studi organizzato dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria e altri, dal titolo "Il nuovo processo amministrativo", svoltosi a Catanzaro il 20 febbraio 2015, in www.giustizia-amministrativa.it

parere conforme del Consiglio di Stato nella sua funzione di organo di consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione ex art. 100, c.1, Cost.⁴⁰.

Nella sua configurazione originaria, il ricorso si sostanzava in un'istanza rivolta al sovrano sul modello di giustizia "ritenuta" in cui, la decisione definitiva sull'illegittimità degli atti era rimessa al potere di grazia del monarca⁴¹. Previsto già nell'organizzazione del Regno di Sardegna, il suo periodo di massima diffusione coincise con l'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo⁴². Infatti, essendo state affidate al giudice ordinario solamente le materie aventi ad oggetto diritti soggettivi, l'unica forma di tutela possibile per le altre situazioni soggettive rimaste escluse, ossia per gli interessi legittimi, restava tale rimedio straordinario. In seguito all'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato e, con essa, della giurisdizione amministrativa, il ricorso al Capo dello Stato ha subito un lento declino.

Introdotta nell'attuale sistema legislativo nel 1971⁴³, è stato dimenticato fino a quando recenti interventi legislativi e pronunce giurisprudenziali hanno rivitalizzato l'istituto⁴⁴. In particolare, si è assistito alla sua trasformazione da uno strumento di giustizia "ritenuta" ad un ricorso amministrativo fino ad essere assimilato al ricorso giurisdizionale⁴⁵.

40 La disciplina dell'istituto è contenuta negli artt. 8-15 del D.P.R. n. 1199/1971, dal titolo "Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi"

41 B. Fenni, Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la sua progressiva giurisdizionalizzazione, in www.ildirittoamministrativo.it

42 P. Tanda, Le nuove prospettive del ricorso straordinario del Capo dello Stato, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014 p. 10

43 D.P.R. 14 novembre 1971, n. 1199

44 G. Virga, Il paradosso del ricorso straordinario, 6 marzo 2011, in www.lexitalia.it

45 Si legge in A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, op. cit. p. 159 e ss. che
pag. 24

L'ambivalenza dei caratteri fondamentali del ricorso straordinario ha precluso per lungo tempo, la possibilità di poter utilizzare, anche in questo ambito, alcuni istituti previsti per il ricorso giurisdizionale⁴⁶. In particolare, per quanto ci riguarda, si è dubitato fortemente dell'esperibilità dell'azione di ottemperanza per le decisioni emanate in virtù del ricorso al Capo dello Stato. L'applicabilità dell'azione, infatti, dipende da come viene intesa e configurata la natura giuridica dell'istituto in esame.

Prima delle recenti novità legislative e giurisprudenziali, l'opinione generalmente condivisa sosteneva la funzione puramente amministrativa del ricorso straordinario. Le argomentazioni poste alla base di tale impostazione erano molteplici. In primo luogo, si adduceva la natura di provvedimento amministrativo del decreto decisorio e di organo amministrativo del soggetto effettivamente responsabile della decisione finale⁴⁷. In secondo luogo, a sostegno della tesi, si faceva riferimento alla mancata possibilità di instaurare un vero e proprio contraddittorio e, quindi, ad una configurazione lontana dal processo amministrativo⁴⁸. Ma i motivi principali per affermarne la natura amministrativa risiedevano nella disciplina legislativa vigente all'epoca. Il D.P.R del '71 prevedeva, infatti, che il parere espresso dal

l'origine risalente al periodo monarchico ha fatto dubitare della compatibilità dello strumento con il sistema costituzionale. Parte della dottrina ne ha sostenuto l'inconciliabilità, altri lo hanno ritenuto costituzionale pur nell'assenza di alcun riferimento ad esso nel testo della Costituzione.

46 G. Virga, *Il paradosso del ricorso straordinario*, op. cit.

47 La decisione definitiva del ricorso avviene, infatti, con decreto del Presidente della Repubblica, emanato su proposta del Ministro competente, sentito il parere del Consiglio di Stato. Quindi la risoluzione della controversia sostanzialmente spettava al Ministro competente essendo superabile il parere del Consiglio di Stato ex artt. 8-15, D.P.R. 1191/1971 nella sua forma precedente alle recenti modifiche.

48 R. Fazzi, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura giuridica e giudizio di ottemperanza*, op. cit.

Consiglio di Stato fosse soltanto parzialmente vincolante⁴⁹. Pertanto, ne conseguiva l'impossibilità di sollevare questioni di illegittimità costituzionale e proporre ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. La giurisprudenza, per molto tempo, ha condiviso tale impostazione. Una conferma si ritrova in due pronunce, fra loro temporalmente molto distanti, del giudice delle leggi. Nella prima, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1953 annullano per difetto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che aveva ammesso l'azionabilità del giudizio di ottemperanza per i decreti decisori del ricorso straordinario⁵⁰. La Corte sostiene l'inammissibilità del giudizio d'ottemperanza in quanto non è assistito da "un'actio iudicati" per la palese assenza di un giudicato, proprio in ragione della natura amministrativa del ricorso. Nel 2001, lo stesso giudice, ribadendo l'impossibilità di assimilare i decreti presidenziali a decisioni giurisdizionali aventi efficacia di giudicato, esclude la proposizione del giudizio di ottemperanza⁵¹. A sostegno della tesi, le Sezioni Unite affermano che l'autorità amministrativa non è vincolata al parere del Consiglio di Stato. Inoltre, aggiungono la considerazione per cui l'alternatività fra ricorso straordinario e giurisdizionale non presuppone, né implica, la natura giurisdizionale del rimedio in esame. Alla stessa conclusione giunge la Corte Costituzionale pochi anni dopo quando, nel negare al Consiglio di Stato la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale nell'ambito della procedura per l'emanazione del parere al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dichiara la natura amministrativa dello stesso⁵². Una prima

49 L' Art. 14, D.P.R. 1191/1971 nella sua versione originaria lo rendeva superabile da una decisione politica del Consiglio dei Ministri.

50 Cass. SS.UU., 2 ottobre 1953, n. 1953

51 Cass. SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978

52 Corte Costituzionale, 21 luglio 2004, n. 254

interpretazione giurisprudenziale che configura l'istituto in oggetto come avente carattere giurisdizionale, è frutto di una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵³. I giudici europei sostengono che il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario eserciti attività giurisdizionale, quindi, viene consentita la facoltà di sollevare, anche in quell'ambito, questioni di interpretazione di norme comunitarie⁵⁴. Il merito delle prime affermazioni, in ambito nazionale, della natura sostanzialmente giurisdizionale del mezzo in questione è del Consiglio di Giustizia Amministrativa che attraverso decisioni coraggiose ed innovative⁵⁵ riconosce la crescente giurisdizionalizzazione del rimedio e, in coerenza a ciò, l'equiparabilità della sua efficacia al giudicato. Prevede, di conseguenza, l'applicabilità del giudizio di ottemperanza⁵⁶. Dal punto di vista normativo, nuovi sviluppi sono derivati dal fatto che il testo contenente la disciplina di base ha subito importanti modifiche negli ultimi anni. Tali modifiche hanno avvicinato sempre più il rimedio di carattere tipicamente amministrativo previsto originariamente ad uno strumento giurisdizionale, consentendo il superamento dei motivi ostativi all'applicabilità del giudizio di ottemperanza⁵⁷. Una prima innovazione è stata l'introduzione della

53 Corte di Giustizia Unione Europea, sez. V, 16 ottobre 1997, cause riunite C-69/96 e C-79/96

54 In particolare, la Corte ha individuato i punti comuni fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale consistenti nel medesimo oggetto, condizioni di esperibilità e motivi della domanda diretta all'annullamento dell'atto impugnato. Inoltre, ha sottolineato la garanzia del contraddittorio nel ricorso straordinario e l'alternatività fra i due rimedi aventi le stesse caratteristiche giurisdizionali fondamentali.

55 G. Virga, *Il paradosso del ricorso straordinario*, op. cit. con queste parole si riferisce alla sentenza CGA, 19 ottobre 2005, n. 695

56 In questo modo si esprime il Consiglio nella sentenza 695/2005 per cui "sembrano quindi applicabili per la esecuzione delle decisioni straordinarie, alternative ad una pronuncia del giudice amministrativo, gli stessi strumenti assicurati a quest'ultima pronuncia".

57 C. Volpe, *Il ricorso straordinario al presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale*, op cit.

previsione con cui si consente di esperire l'azione cautelare nel procedimento straordinario con conseguente possibilità di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato, previo parere conforme del Consiglio di Stato⁵⁸. Ciò ha avvicinato maggiormente la configurazione del ricorso al modello del processo amministrativo. Come visto precedentemente però, le ragioni che maggiormente impedivano la giurisdizionalizzazione del rimedio erano rappresentati dal carattere parzialmente vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato e l'impossibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale. Proprio questi aspetti sono stati oggetto della riforma operata dalla legge 69/2009⁵⁹. Le novità sono costituite dalla modifica dell'art. 14 del D.P.R. 1199/1971 per cui il parere del Consiglio di Stato diventa, oltre che obbligatorio, anche vincolante; dalla previsione all'art. 13 del D.P.R. 1199/1971 secondo cui è ammessa la proposizione di questioni di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva sul ricorso straordinario. Tali innovazioni sembrano riconoscere implicitamente il carattere giurisdizionale del rimedio⁶⁰. Infatti, si afferma che tale natura “neanche la corte costituzionale potrebbe d’ora in avanti negare visto che ricorrono in modo nitido i seguenti requisiti che la corte stessa ha posto sempre a fondamento della possibilità di un organo ad adirla: stabilità, indipendenza e terzietà del giudice [...], garanzia del contraddittorio tra le parti [...], obiettiva applicazione della legge da parte dell’organo decidente ed idoneità del provvedimento ad assumere efficacia di giudicato”⁶¹.

58 Art. 3, c. 4, l. 21 luglio 2000, n. 205

59 L. 18 giugno 2009, n. 69

60 R. Fazzi, Ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura giuridica e giudizio di ottemperanza, op. cit.

61 G. Morano, Il Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica, novità legislative e osservazioni giurisprudenziali, 13 settembre 2010, in www.altalex.it

Pur essendo l'istituto un mezzo di risoluzione delle controversie alternativo al processo, anche il Codice di Procedura Amministrativa ne ha dedicato espressamente alcuni articoli. In primo luogo, l'art. 7, c. 8, c.p.a ha previsto che il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Viene superato, in questo modo, l'orientamento giurisprudenziale⁶² che consentiva l'esperibilità del rimedio anche a tutela di diritti soggettivi di competenza del giudice ordinario⁶³. Ulteriori norme codicistiche aventi ad oggetto il ricorso straordinario sono: l'art. 48, c. 1, che prevede la facoltà di opposizione al ricorso con conseguente traslatio iudicii di fronte al giudice amministrativo a qualsiasi "parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario". Si ha, quindi, una generalizzazione della facoltà di opposizione, possibile sia per i controinteressati che per i cointeressati. Si ritiene che tale generalizzazione qualifichi nel medesimo modo la fase processuale di fronte al T.A.R. e quella del ricorso straordinario ed, inoltre, che garantisca l'effettività della tutela giurisdizionale⁶⁴; l'art. 112, c. 2, lett. b) e d), contenente disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza che consente l'esperibilità dell'azione per l'attuazione delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo e delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto rimedio dell'ottemperanza della pubblica amministrazione. Dall'interpretazione sistematica di questa norma viene ricavata la possibilità di attivare il

62 Cons. St. Ad. Gen. Parere 10 giugno 1999, n. 9

63 L. Viola, Ricorso straordinario al Presidente della repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico, Foro Amm. T.A.R., 2011, p. 1139

64 F. Tuffarelli, La natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione emessa a seguito del ricorso straordinario al Capo dello Stato, Rivista www.amministrativamente.com, 2013, n. 9

giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione del decreto presidenziale che definisce il ricorso straordinario⁶⁵; c) l'art. 120, c. 1, il quale esclude l'esperibilità del ricorso straordinario contro gli atti delle procedure di affidamento; d) l'art. 128, per il quale il ricorso straordinario non è ammesso nella materia relativa al contenzioso delle operazioni elettorali.

La giurisprudenza, negli ultimi anni, prendendo atto delle recenti novità legislative ha ribaltato il suo precedente orientamento affermando la natura sostanzialmente amministrativa del ricorso straordinario. In particolare, di grande rilevanza è la sentenza della Cassazione del 2010 che ha confermato l'ottemperabilità della decisione emessa in seguito a ricorso straordinario⁶⁶. La situazione di fatto da cui è scaturita la pronuncia in esame trae origini da una decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana adito per l'ottemperanza di un decreto del Presidente della Regione. Il ricorrente in Cassazione sostiene che l'atto decisorio in questione abbia natura amministrativa. Pertanto, sarebbe sottratto alla cognizione del giudice dell'ottemperanza. In primo luogo, il giudice delle leggi evidenzia l'analogia fra il ricorso al Presidente della Regione Siciliana ed il ricorso straordinario al Capo dello Stato e, coerentemente, conferma l'applicazione delle argomentazioni ad entrambe le fattispecie. In seguito, i giudici ricordano che il giudizio di ottemperanza si sostanzia nello strumento esecutivo volto ad assicurare l'effettività e la satisfattività della tutela giurisdizionale. Per questo motivo, l'esperibilità dell'azione è connessa imprescindibilmente alla giurisdizione. In relazione all'ottemperabilità del ricorso straordinario la Cassazione puntualizza in conclusione ad una serie di

65 B. Fenni, Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la sua progressiva giurisdizionalizzazione, op. cit.

66 Cass. SS.UU. 28 gennaio 2011, n 2065

argomentazioni basate sulle novelle legislative che “L’evoluzione del sistema normativo, specie a seguito della nuova disciplina del giudizio d’ottemperanza prevista dal nuovo “Codice del processo amministrativo”, contenuto nell’allegato 1) del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, porta a configurare la decisione sul ricorso straordinario come un provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d’ottemperanza; tale principio è applicabile non solo alle decisioni del Presidente della Repubblica, ma anche a quelle dei ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana, la cui disciplina è modellata sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Da ciò discende l’applicazione della regola juris secondo cui il giudizio di ottemperanza è ben ammissibile anche in relazione al decreto del Presidente della Regione, che abbia accolto un ricorso straordinario. Alla stessa conclusione giunge, altresì, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con due pronunce del 2013⁶⁷. L’Adunanza riconosce il carattere sostanzialmente giurisdizionale della decisione conclusiva del ricorso straordinario al presidente della Repubblica e la competenza del Consiglio di Stato, in unico grado, a decidere sull’eventuale domanda di ottemperanza in caso di mancata esecuzione del decreto che ne conclude il relativo procedimento.

In una posizione alquanto innovativa si pone la recente sentenza della Corte Costituzionale 73/2014⁶⁸ grazie alla quale, il ricorso straordinario potrebbe trovare un proprio spazio, autonomo sia dai ricorsi amministrativi che da quelli giurisdizionali⁶⁹. Prevedendo l’inammissibilità del ricorso straordinario in relazione alle materie di

67 Cons. St. Ad. Plen. 6 maggio 2013, n. 9 e 10

68 Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 73

69 A. Pajno, I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale, *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, f. 3, 4, 2015, p. 747

pubblico impiego c.d. contrattualizzato, la sentenza interviene dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 c. 8 c.p.a. (che ammette ricorso straordinario solamente per le materie attribuite al giudice amministrativo) in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost. La questione era stata sollevata da un'ordinanza del Consiglio di Stato⁷⁰ in base alla considerazione per cui l'art. 7, c. 8 sarebbe stato adottato in mancanza di qualsiasi indicazione da parte della legge delega. La Consulta esclude l'effetto innovativo della previsione codicistica affermando che essa è frutto di un'interpretazione avente funzione di ricomposizione del sistema in seguito alla l. 69/2009. È pertanto compatibile con le previsioni della legge delega. Secondo la Corte, infatti, il ricorso straordinario “ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo”. Quindi, lo scopo dell'art. 7 c.p.a. viene rinvenuto nella necessità di assicurare il coordinamento fra la giurisdizione amministrativa ed un rimedio non giurisdizionale ma giustiziale, riconducibile per certi effetti all'ambito della giurisdizione in quanto metodo di risoluzione alternativo del conflitto⁷¹. In definitiva, la Corte Costituzionale, prendendo le distanze dagli orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, non fa derivare dalle ultime innovazioni di diritto positivo la natura giurisdizionale del rimedio ma lo colloca in un'area intermedia, c.d. giustiziale, fra giurisdizione ed amministrazione⁷². In questo

70 Cons. St. sez I, 20 maggio 2013, ord. n. 269

71 P. Tanda, Le ricadute della sentenza n. 73/2014 della Corte Costituzionale sulla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, 5 ottobre 2014, www.federalismi.it

72 A. Pajno, I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale, op cit.

modo, sancisce il definitivo superamento del ricorso come rimedio amministrativo e chiarisce che, pur essendo nella forma un parere, esso è sostanzialmente una decisione giudiziale. Secondo alcuni, l'importanza della sentenza è ancora più rilevante poiché conferma il fatto che sia possibile un'attività di giustizia "al di fuori della giurisdizione, a condizione che questa sia organizzata secondo moduli che assicurino l'indipendenza del giudizio, la terzietà e l'autorevolezza dell'organo chiamato a pronunciarsi e la tempestività della decisione"⁷³.

In conclusione, si deduce che la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria⁷⁴ siano ormai concordi nel ritenere ottemperabile il decreto decisorio del ricorso straordinario. Ciò nonostante, rimangono perplessità in ordine alla riconducibilità della decisione alla lett. b) oppure alla lett. d) dell'art. 112 c.p.a. Ossia, ci si domanda se la decisione sia inquadrabile fra i provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo oppure fra le sentenze e provvedimenti equiparati per cui non è previsto il rimedio dell'ottemperanza. Le conseguenze della scelta fra le due opzioni sono diverse e varie. Prendendo in considerazione il primo caso, che è lecito se i due rimedi vengono equiparati dal punto di vista dell'effettività della tutela, verrebbe negata l'efficacia di giudicato al decreto⁷⁵. A ciò conseguirebbe un potere del giudice dell'ottemperanza limitato ex art. 114, c. 4, lett. c). Inoltre, per quanto riguarda la competenza del giudice dell'ottemperanza, questa

73 A. Pajno, I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale, op. cit.

74 Una delle poche opinioni contrarie in dottrina è di S. Tarullo, Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo, op. cit.; in giurisprudenza: Cass. civ., SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978; Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699.

75 G. Mancosu, Luci e ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, 16 novembre 2011, in www.federalismi.it.

spetterebbe ex art. 113 c.p.a al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta, ossia al Consiglio di Stato.

Alla seconda opzione si è orientata parte della dottrina facendo leva su tre argomentazioni: la volontà del legislatore emersa dai lavori preparatori del codice, la sussistenza di maggiori vantaggi rispetto all'altra ipotesi e l'assenza di una disciplina positiva contraria all'assunto⁷⁶. La competenza, in questo caso sarebbe attribuita al T.A.R. Lazio, ossia al giudice nella cui circoscrizione è stata emessa la sentenza della cui ottemperanza si tratta ex art. 113 c.p.a.

Le massime giurisdizioni, in particolare il Consiglio di Stato⁷⁷ e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁸, hanno risolto il problema riconducendo il ricorso nell'ambito dell'art. 112, c lett. b). Secondo le parole della Suprema Corte, infatti, “Nel sistema così delineato la decisione su ricorso straordinario al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, si colloca nella ipotesi prevista alla lettera b) dell’art. 112, comma 2, e il ricorso per l’ottemperanza si propone, ai sensi dell’art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”. Tutto ciò nell’ottica di una disciplina “tesa a garantire la effettività di tutela anche al ricorso straordinario viene rivelato dall’esame dei lavori parlamentari che hanno condotto al definitivo testo della norma [...] deve concludersi che è conforme a tale intentio legis annoverare fra i “provvedimenti” del giudice amministrativo, passibili di ottemperanza,

76 G. Mancosu, *Luci e ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, op. cit.

77 Cons. di Stato, Sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513

78 Cass. SS.UU. 28 gennaio 2011, n. 2065 e molte seguenti tra cui: Cass. Civ., sez. un., 7 febbraio 2011, n. 2818 2939; ID., 10 marzo 2011, n. 5684; ID., 28 aprile 2011, n. 9447; ID., 31 maggio 2011, n. 11964; ID., 6 luglio 2011, n. 14838; ID., 19 luglio 2011, n. 15765.

la decisione sul ricorso straordinario”.

2.5. Azione di condanna nel giudizio di ottemperanza

L'art 112 c.p.a.⁷⁹ individua due ipotesi in cui è possibile esercitare, contestualmente all'azione di ottemperanza, l'azione di condanna. Innanzitutto, può essere proposta domanda per ottenere la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme accessorie⁸⁰ rispetto ad obblighi pecuniari determinati nel giudizio di legittimità. Il codice accoglie l'orientamento consolidato della giurisprudenza⁸¹ per cui si ammette la possibilità di adottare per la prima volta nel giudizio di esecuzione la pronuncia in questione.

La seconda ipotesi introduce l'azione di condanna al risarcimento dei danni derivanti dall'impossibilità di ottenere l'attuazione del giudicato oppure dall'inadempimento dello stesso. L'impossibilità di portare ad esecuzione il giudicato può conseguire da sopravvenienze di fatto⁸² o di diritto che mutano la situazione esaminata dal giudice di legittimità. In questo caso, pur non essendo l'amministrazione tenuta all'adempimento, è necessario che sia garantita l'effettività della giustizia⁸³. Il ricorrente leso dall'illegittimità del provvedimento potrà

79 Art. 112, c.3, c.p.a.

80 Interessi e rivalutazione monetaria ex art. 112, c. 3, c.p.a.

81 Cons. St. Sez. V, 16 giugno 2010, n. 3800 in cui si afferma che la domanda finalizzata ad ottenere la liquidazione degli interessi e della rivalutazione monetaria può essere formulata per la prima volta nel giudizio di ottemperanza, in quanto strumento di determinazione del petitum originario. Quindi, si tratta di accessori che afferiscono alla somma capitale e ne costituiscono un elemento naturale.

82 Ad esempio, in materia di procedure ad evidenza pubblica, la rinnovazione della gara in seguito all'annullamento del bando originario, si rende impossibile se l'opera è stata già eseguita dal controinteressato.

83 A. Lupo, L'effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi tra obbligo di conformazione al decisum amministrativo e limiti oggettivi

essere tutelato mediante il risarcimento per l'equivalente dal giudice dell'ottemperanza. Infatti, è costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza l'alternatività fra la reintegrazione in forma specifica e la tutela per l'equivalente⁸⁴.

L'inadempimento del giudicato si sostanzia nella mancata esecuzione, elusione o violazione della sentenza. Il ristoro dei danni derivanti dalla lesione del diritto all'esecuzione dell'interessato, era già ammesso dalla giurisprudenza in quanto trattasi di danni maturati dopo la dichiarazione di illegittimità⁸⁵. L' Adunanza Plenaria⁸⁶ ha confermato l'orientamento giurisprudenziale affermando che in caso di inerzia o mancata conformazione puntuale, per effetto degli ampi poteri derivanti dalla giurisdizione di merito, il giudice può reintegrare in forma specifica nei diritti connessi al giudicato.

Un problema a lungo dibattuto, connesso all'esercizio delle azioni di condanna è quello relativo alla proponibilità di nuove domande nel giudizio di ottemperanza. Prima del codice, l'orientamento prevalente ne escludeva l'ammissibilità, adducendo come argomentazioni quando la natura principalmente esecutiva⁸⁷ del rimedio quando la violazione della garanzia del doppio grado di giudizio. Nella versione originaria del codice, con una "decisiva svolta rispetto al passato"⁸⁸, era stata inserita la previsione con cui si consentiva di esercitare, per la prima volta nel giudizio di ottemperanza, l'azione di condanna al risarcimento

all'eseribilità dell'azione di ottemperanza, Foro amministrativo C.d.S, 2009, p. 2621

84 Cons. St. sez. V, 19 maggio 2009, n.3070; Cons. St. sez V, 20 maggio 2008, n. 2360

85 Cons. St. sez. V, 4 marzo 2008, n. 849; Cons. St. sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7898

86 Cons. St. Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9

87 Cons. St. 12 aprile 2007, n. 1719

88 D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, op. cit. p. 131

dei danni prodotti dal provvedimento dichiarato illegittimo dal giudice di cognizione⁸⁹. Questa disposizione, molto criticata, è stata soppressa con il secondo decreto correttivo al codice del processo amministrativo⁹⁰. Le critiche hanno rilevato che laddove si ammetta che il giudice dell'ottemperanza possa decidere non solo il quantum del risarcimento ma anche l'esistenza del diritto, verrebbe stravolta la natura del giudizio⁹¹. L'oggetto del giudizio è la verifica puntuale dell'inadempimento quindi sede naturale di tale azione è nel giudizio di annullamento⁹². Pur essendo stata, la novella inserita nel codice, proiettata verso una maggiore garanzia del cittadino, oggi il risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo deve essere richiesto direttamente al giudice di primo grado.

89 Art. 112, c.4, c.p.a. recitava «Nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.»

90 D. lgs. 15 novembre 2011, n. 195

91 Configurato come giudizio di esecuzione a basso contenuto cognitivo da molti, tra cui A. Lupo, L'effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi tra obbligo di conformazione al decisum amministrativo e limiti oggettivi all'esperibilità dell'azione di ottemperanza, op. cit. p. 2623

92 G. Soricelli, Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi, op. cit.

2.6. *L'ottemperanza di chiarimenti*

L'art. 112 prevede un'interessante novità⁹³: la c.d. ottemperanza di chiarimenti. Con tale ricorso è possibile richiedere chiarimenti in relazione alle modalità di ottemperanza. L'oggetto del giudizio si amplia poiché il giudice non è chiamato ad accertare l'inottemperanza al giudicato, ma a puntualizzare la portata, l'ambito e gli effetti della motivazione della sentenza ad oggetto. Il presupposto è una situazione di incertezza sulla reale portata del dictum del giudice di cognizione⁹⁴. Così, la richiesta di chiarimenti ha lo scopo di evitare l'inesecuzione oppure una successiva attività violativa od elusiva al giudicato dovuta a dubbi sull'esatto contenuto della sentenza da attuare. Per queste ragioni, secondo autorevole dottrina, il giudizio di ottemperanza acclarativo, avrebbe “causa petendi e petitum atipici”⁹⁵. Vi è stato chi ha esaltato la funzione dell'istituto nel senso di un ampliamento delle azioni proponibili nel giudizio di ottemperanza⁹⁶ e del potere del giudice di rimodellare il contenuto della sentenza⁹⁷. Tuttavia recenti pronunce giurisprudenziali hanno previsto che l'ottemperanza di chiarimenti non sia riconducibile al novero delle azioni di ottemperanza⁹⁸ e che non possa trasformarsi in un'azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione

93 Così la definisce M.A. Sandulli, Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012

94 T.A.R. Catania, sez III, 17 dicembre 2015, n. 2951

95 D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, op. cit. p. 134

96 G. Soricelli, Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi, op. cit. p.12;

97 C. Santino, La giurisdizione estesa al merito, i poteri del giudice amministrativo e l'ottemperanza di chiarimento, Riv. Scienze Sociali, 3 settembre 2013

98 Cons. St. sez IV, 10 luglio 2014, n. 3539; Cons. St. sez V, 26 agosto 2015, n. 3539; Ad. Plen. 15 gennaio 2013, n. 2

amministrativa⁹⁹. Inoltre, non è possibile che si concreti in un appello mascherato ossia che conduca a stravolgere il contenuto della sentenza poiché il giudice non può modificare o integrare la decisione di merito quando la pretesa è ricavabile dal testo della sentenza¹⁰⁰.

La legittimazione ad agire spetta alle parti¹⁰¹ ed al commissario ad acta ex art. 114, c.7, c.p.a. Normalmente è proposta dall'amministrazione soccombente nel giudizio di cognizione dato che la parte privata vittoriosa ha interesse a promuovere l'azione di ottemperanza in senso proprio¹⁰². Per ciò che concerne la possibilità di chiedere chiarimenti da parte del commissario sono stati sollevati dubbi sulle modalità di introduzione del giudizio. Considerando l'attuale ruolo attribuito al commissario, configurato come ausiliario del giudice, la dottrina ritiene che non sia necessaria la proposizione di un ricorso formale da notificarsi alle altre parti¹⁰³. Nella maggior parte dei casi in cui è il commissario a proporre l'azione, siamo di fronte ad un giudizio di ottemperanza già instaurato, per cui l'azione delucidativa si pone come incidente dell'esecuzione. È oggi però possibile la nomina di un

99 T.A.R Genova, sez I, 22 ottobre 2015, n. 835

100 T.A.R Venezia, sez. I, 24 settembre 2013, n. 1129; T.A.R. Catania sez. III 17 dicembre 2015 n. 2951; secondo quest'ultima decisione, l'ottemperanza di chiarimenti non scaturisce da domanda o azione in senso tecnico e costituisce un mero incidente sulle modalità di esecuzione; contra: Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141, per cui non può essere attribuita la natura di incidente di esecuzione ponendosi dal punto di vista logico-sistematico fuori dal vero e proprio giudizio di ottemperanza.

101 Parti in senso sostanziale intese come "giuste parti" secondo M. Antonioli, Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza, Dir. Proc. Amm., 2011, p. 1291

102 Cons. St. sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339 in cui si esclude la legittimità attiva della parte privata vittoriosa in sede di cognizione. Parte della dottrina ritiene invece che anche il soggetto che ha ottenuto un giudicato favorevole ha interesse a ricorrere per delucidazioni così C. Santino, La giurisdizione estesa al merito, i poteri del giudice amministrativo e l'ottemperanza di chiarimento, op. cit.

103 D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, op. cit. p.136; In senso contrario una recente sentenza ritiene che la richiesta di chiarimenti formulata dalle parti e dal commissario debba essere formulata attraverso domanda giudiziale, anche in caso di incidente di esecuzione, in quanto strumento di garanzia del contraddittorio.

commissario già in fase di cognizione¹⁰⁴, il quale potrà instaurare un autonomo giudizio di chiarimenti.¹⁰⁵

Concludendo, ci si potrebbe domandare se l'amministrazione realmente utilizzi questo strumento per la funzione cui è stato predisposto dal legislatore oppure come mero mezzo per ritardare l'esecuzione della sentenza. Inoltre, si potrebbe ritenere, nell'ottica di un potenziamento del giudizio di cognizione, che l'istituto dell'ottemperanza di chiarimenti possa perdere la sua utilità.

2.7. *Competenza e rito*

La competenza del giudice dell'ottemperanza, rientrante tra le ipotesi di competenza funzionale inderogabile¹⁰⁶, viene disciplinata all'art. 113 c.p.a. L'individuazione del giudice competente si distingue a seconda che debbano essere attuati provvedimenti del giudice amministrativo oppure gli altri provvedimenti non compresi in questa categoria. Nella prima ipotesi, la competenza spetta al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta. Questa scelta del codice, in accordo con la precedente disciplina, si pone in linea con il convincimento per cui il giudice che ha emesso il provvedimento è quello più adatto a conoscere “gli spazi di manovra, le modalità, le opportunità di esecuzione della sentenza, nonché gli specifici comportamenti che l'amministrazione dovrà assumere”¹⁰⁷. Nella stessa

104 Art. 34, c. 2, lett. e), c.p.a.

105 G. Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, op. cit.

106 Art. 14, c. 3, c.p.a.

107 G. Soricelli, *Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi*, op. cit. p. 44

ottica, è posta la regola per cui, la competenza è del T.A.R. anche per i “provvedimenti confermati in sede di appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo”. Nella seconda ipotesi, ossia per le pronunce emanate dalle altre giurisdizioni, l'azione si propone al T.A.R. nella cui circoscrizione ha sede il giudice stesso.

Il procedimento del giudizio è disciplinato dall'art. 114, c. 1,2,3.

L'azione di ottemperanza è soggetta al termine di prescrizione di dieci anni e si propone con ricorso notificato all'amministrazione e a tutte le parti del giudizio definito dal provvedimento ineseguito. Rispetto al passato, è oggi meramente facoltativa la previa diffida ad adempiere rivolta all'amministrazione¹⁰⁸. Innovativa è anche l'introduzione del giudizio mediante ricorso notificato, dato che precedentemente l'atto introduttivo veniva semplicemente depositato nella segreteria del giudice. La previsione dell'obbligo di notificare il ricorso è segno di una maggiore attenzione al rispetto del principio del contraddittorio anche nel giudizio di ottemperanza¹⁰⁹. Insieme al ricorso deve essere depositata copia autentica del provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza con l'eventuale prova del suo passaggio in giudicato. Il procedimento si svolge in camera di consiglio ex art. 87, c.2, lett. d) ed il giudice decide con sentenza in forma semplificata. Si ritiene che in sede di ottemperanza sia proponibile istanza cautelare e regolamento di giurisdizione ed inoltre che possano essere sollevate questioni di legittimità costituzionale¹¹⁰.

108 Prima era ritenuta condizione di ammissibilità del giudizio; Cons. St. sez. IV, 4 aprile 1991, n. 232 in F. O. Zuccaro, Il giudizio di ottemperanza: Codice delle fonti giurisprudenziali, op. cit. p. 43

109 G. Mari, Il giudizio di ottemperanza, op. cit., collega l'attenzione del principio del contraddittorio alla natura non meramente esecutiva del giudizio di ottemperanza ed al suo carattere contenzioso tale da configurarlo come prosecuzione del giudizio di cognizione.

110 D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, op. cit. p. 165

2.8. *Poteri del giudice*

Come già visto precedentemente, il giudizio d'ottemperanza, in quanto strumento di attuazione delle decisioni giurisdizionali, designa il potere del giudice di dare concreta attuazione al giudicato. Fin dalle origini, essendo tale rimedio inserito nell'ambito della giurisdizione di merito, il potere del giudice era caratterizzato dalla possibilità di intervenire in via sostitutiva all'amministrazione inadempiente. In un primo periodo di "self restraint"¹¹¹, i giudici si limitarono ad adottare provvedimenti esecutivi direttamente conseguenti al giudicato. Dato che il giudizio di ottemperanza era concepito come strumentale al giudizio di legittimità, il giudice era chiamato a dare attuazione all'attività vincolata espressa dalla decisione di cognizione¹¹². Si privilegiò in questo modo l'aspetto eliminatorio degli effetti prodotti dall'atto annullato¹¹³. In seguito, con l'evolversi del ruolo e della funzione del giudizio di ottemperanza, strettamente correlato all'ampliamento del contenuto della sentenza di cognizione¹¹⁴, al giudice è stato riconosciuto uno spazio di intervento sempre maggiore ed il potere sostitutivo è stato esercitato anche in quei casi in cui permaneva spazio alla discrezionalità amministrativa¹¹⁵ in

111 M. Clarich, Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, op. cit. p. 539

112 P. De Leonardis, L'ottemperanza nell'amministrazione tra imparzialità e commissario ad acta, op. cit. p. 24

113 A. Verrando, Note in tema di potere del giudice dell'ottemperanza ed effettività della tutela, Giur. It., 1992, 5 (nota a sentenza)

114 In particolare ci si riferisce all'effetto conformativo derivante dalla sentenza di annullamento.

115 F. Bartolomei, Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 1987 dove si legge :« il predetto giudizio consente la più ampia latitudine di poteri di intervento diretto sull'attività amministrativa [...] sia

relazione alla forma, al tempo ed alle modalità di esecuzione¹¹⁶.

Tuttavia, il giudice incontra un duplice limite¹¹⁷ nel giudicato stesso. Il primo è legato al contenuto della sentenza, che pur interpretata ed integrata, contiene i criteri di fondo a cui deve attenersi. Il secondo limite deriva dall'impossibilità di pronunciarsi su questioni nuove o non rientranti nel giudicato, dato che in sede di ottemperanza non è possibile attribuire all'interessato un bene ulteriore e diverso rispetto a quello riconosciuto dal giudicato¹¹⁸.

Il contenuto del provvedimento decisorio del giudice dell'ottemperanza è stato a lungo frutto di elaborazione giurisprudenziale, viste le limitatissime disposizioni legislative vigenti.

Il codice, per la prima volta, disciplina in modo dettagliato l'ampia tipologia di provvedimenti adottabili dal giudice dell'ottemperanza in caso di accoglimento del ricorso.

In primo luogo, si prescrive che il giudice ordini l'ottemperanza mediante l'individuazione delle relative modalità con conseguente assegnazione all'amministrazione di un termine per provvedere oppure, attraverso la determinazione del contenuto del provvedimento stesso oppure ancora, con l'emanazione diretta del provvedimento in luogo dell'amministrazione¹¹⁹. Più in generale l'art. 34, c.1, lett. d) c.p.a., nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito dispone che il giudice «nei casi di giurisdizione di merito adotta un nuovo atto, ovvero

nell'ipotesi in cui di versi in tema di attività vincolata sia nell'ipotesi in cui sia necessario porre in essere atti discrezionali, giacché la cognizione estesa al merito consente anche che il giudice si sostituisca all'amministrazione inerte in tale attività.»

116 M. E. Schiana, I poteri del giudice amministrativo nella fase di esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione, op. cit.

117 A. Verrando, Note in tema di potere del giudice dell'ottemperanza ed effettività della tutela, op. cit.

118 Cons. St. sez. V, 6 novembre 2015, n. 5075

119 Art. 114, c.4, lett. a)

modifica o riforma quello impugnato».

Per le sentenze esecutive e provvedimenti equiparabili si prevede una diversa intensità dei poteri del giudice poiché, in questo caso, egli determina solamente le modalità esecutive; considera inefficaci e non nulli¹²⁰ gli atti emessi in violazione od elusione; provvede di conseguenza tenendo conto degli effetti che ne derivano¹²¹. In particolare, il giudice deve tener conto della possibilità che la sentenza esecutiva, non essendo definitiva, possa essere riformata in sede di appello. Quindi, egli è tenuto a procedere con atteggiamento più prudente al fine di non compromettere in modo irreversibile la situazione esistente, a danno di colui che dovesse risultare vincente in seguito alla riforma della sentenza impugnata.¹²²

In secondo luogo, il giudice dichiara nulli gli atti in elusione o violazione del giudicato¹²³.

In terzo luogo può nominare un commissario ad acta¹²⁴.

Infine, può fissare, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva oppure per

120 L'atto violativo od elusivo sarà disapplicato in ragione della sua inefficacia che si tradurrà in nullità nel caso di passaggio in giudicato della sentenza oppure di conferma in sede di merito del provvedimento cautelare. Così, F. Freni e P. Clarizia, *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, Giuffrè Editore, 2012, p. 112

121 Art 114, c.4, lett. c)

122 Tar Lazio Roma, sez. II, 16 gennaio 2002, n. 413; per quanto riguarda la dottrina, la tesi per cui l'esecuzione delle sentenze non definitive deve avvenire nei limiti della reversibilità dei relativi effetti è stata seguita da molti tra cui D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, op. cit.; Una tesi contraria si rinviene in G. Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, op. cit. secondo cui l'art. 114, c.4, lett. c) deve essere interpretato nel senso che gli eventuali effetti di cui il giudice deve tenere conto riguardano gli atti elusivi o violativi del giudicato mentre non vi sarebbe una graduazione dei poteri del giudice in relazione all'esecuzione delle sentenze passate in giudicato e sentenze esecutive. L'azione di ottemperanza viene concepita in modo unitario non incidendo sui poteri del giudice il passaggio in giudicato della sentenza.

123 Art. 114, c.4, lett. b)

124 Art. 114, c. 4, lett. d)

ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato (c.d. *astreintes*)¹²⁵.

Da ciò si deduce che i provvedimenti adottabili dal giudice siano misure atipiche di adempimento¹²⁶. Lo confermava già l'Adunanza Plenaria nel 1983 asserendo che il giudice possa adottare tutti gli atti necessari per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto sancita dal giudicato e per far conseguire al ricorrente il bene o l'utilità riconosciuti dal giudicato stesso¹²⁷.

125 Art. 114, c.4, lett. e)

126 G. Soricelli, Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi, op. cit. parla di misure giurisdizionali intimidatorie (ordini o divieti), repressivo caducatorie (annullamento di atti già adottati), sanzionatorie o di sollecito (denuncia al giudice contabile della condotta inadempiente della p.a ed oggi si possono aggiungere le c.d. *astreintes*) e sostitutive in via diretta o indiretta.

127 Cons. St. Ad. Plen., 2 giugno 1983, n. 15, in F.O. Zuccaro, Il giudizio di ottemperanza: Codice delle fonti giurisprudenziali, op cit. p. 53

2.9. *Commissario ad acta*

L'art 114, c. 4, lett. d) tra i poteri del giudice, prevede la possibilità di nominare un commissario ad acta. Pur trattandosi di una semplice facoltà¹²⁸, di sovente, il giudice invece di adottare direttamente le misure attuative sceglie di nominare un commissario affinché si sostituisca all'amministrazione inadempiente e porti ad esecuzione la decisione giudiziale¹²⁹. Questa scelta viene effettuata solitamente nei casi in cui il giudice si trova di fronte a situazioni complesse che coinvolgono atti amministrativi ampiamente discrezionali¹³⁰. La figura del commissario ha origini¹³¹ esclusivamente giurisprudenziali, poiché prima del codice non vi erano riferimenti legislativi al soggetto in esame. La sua introduzione ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato, è stata ricollegata alla necessità, a quel tempo molto sentita in ragione della rigida interpretazione del principio della separazione fra poteri, di coinvolgere nell'esecuzione di un provvedimento emanato dal potere giudiziario organi o soggetti connessi funzionalmente con l'amministrazione che non ha dato esecuzione alla sentenza¹³². Ciò ha consentito, da un lato, al giudice di

128 Cons. St. Ad. Plen., 30 luglio 2008, n.9, ha precisato che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo può adottare "tutte le misure necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza direttamente o per il tramite di un commissario".

129 In B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 153 si legge che "il giudice amministrativo ha, si può dire, sempre sentito il peso, le difficoltà e in definitiva, le trappole dell'assunzione diretta di compiti propri dell'amministrazione attiva (di completamento della disciplina, cioè, fino alla sua concretizzazione operativa)."

130 M. Clarich, *Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, op. cit., p. 540

131 Le prime decisioni in cui si fa riferimento al commissario ad acta sono degli anni '30; Cons. St. sez. V, 2 ottobre 1933, n. 566; Cons. St. sez. V, 23 agosto 1934, n. 810

132 S. Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 299

sottrarsi ad una gestione diretta dell'attività sostitutiva e, dall'altro lato, ha reso l'amministrazione più favorevole a «prendere ordini impartiti da un differente apparato di potere»¹³³. Un'altra ragione che ha portato alla nascita di tale istituto si può rinvenire nel fatto che il giudice non sempre può emanare direttamente il provvedimento che soddisfa l'interesse del privato per mancanza di tutti gli elementi necessari¹³⁴. Proprio le origini e le lacune legislative hanno dato vita ad accesi dibattiti sul ruolo del commissario e la natura dei suoi atti. Le dispute hanno riguardato, in particolare, il rapporto con il giudice e con l'amministrazione e di conseguenza, il regime giuridico da applicare all'attività esercitata dal commissario. Si sono formati, a tal proposito, tre principali filoni interpretativi i quali hanno qualificato il commissario rispettivamente come organo straordinario dell'amministrazione, ausiliario del giudice od organo dalla natura ibrida, a metà fra l'amministrazione e la giurisdizione. La prima teoria, oggi superata, secondo cui il commissario è organo straordinario dell'amministrazione inadempiente¹³⁵, porta a trattare i suoi atti come provvedimenti imputabili all'amministrazione. Questi sono, quindi, contestabili mediante l'ordinario giudizio di legittimità ed autonomamente impugnabili dalle parti. In questo caso, poiché tra commissario e pubblica amministrazione vi sarebbe una relazione intersoggettiva ed interorganica¹³⁶, viene riconosciuto altresì il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela per annullare o modificare l'atto. La seconda teoria, oggi prevalente in dottrina e

133 B. Sassani, Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, op. cit. p. 154

134 In tal senso S. Giacchetti, Il Giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa, op cit.

135 In giurisprudenza tale tesi è stata sostenuta per diversi anni dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana; Cons. Giust. Amm. per la Regione Siciliana, 17 giugno 1982, n. 24;

136 G. Mari, Il giudizio di ottemperanza, op. cit.

giurisprudenza¹³⁷, include il commissario tra gli ausiliari del giudice. La tesi, sostenuta dall'Adunanza Plenaria fin dagli anni '70¹³⁸, è basata sull'assunto che la nomina e i poteri del commissario derivino direttamente dal giudice. Da ciò consegue che gli atti del commissario possano essere contestati solamente all'interno del giudizio di ottemperanza. La terza teoria propende per assegnare al commissario natura mista. Egli è un "organo dimidato" per metà ausiliario del giudice mentre per l'altra metà svolge una funzione amministrativa¹³⁹. È da qualificarsi come organo straordinario dell'amministrazione dal punto di vista oggettivo strutturale in quanto strumento di imputazione all'amministrazione dell'attività svolta dal commissario. Egli è invece ausiliario del giudice dal punto di vista soggettivo funzionale¹⁴⁰. Per quanto riguarda il regime di impugnabilità dei suoi atti si ha un duplice rimedio. La distinzione si basa sul tipo di attività svolta dal commissario; quando l'attività è di stretta esecuzione del giudicato, i provvedimenti del commissario sono contestabili mediante reclamo di fronte al giudice dell'esecuzione. Se invece, il commissario dispone di un'ampia autonomia valutativa, agendo come organo straordinario dell'amministrazione, si farà ricorso agli ordinari rimedi impugnatori. Secondo molti autori¹⁴¹, l'entrata in vigore del Codice ha risolto tutti i contrasti interpretativi sulla figura del commissario ad acta ed ha

137 Cons. St. sez. VI, 15 agosto 2015, n. 4299

138 Cons. St. Ad. Plen. 14 luglio 1978, n. 23

139 S. Giacchetti, Il giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa, op. cit.

140 In questo senso si esprime D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, op. cit. p. 189 e P. De Leonardis, L'ottemperanza nell'amministrazione tra imparzialità e commissario ad acta, op. cit. p. 119 dove si legge che il commissario esprime una volontà soggettivamente propria, attribuita per *factio iuris* all'amministrazione ma non è funzionalmente autonomo in quanto vi è un rapporto di ausiliarità che lo lega al giudice dell'ottemperanza. Per la giurisprudenza si veda: Cons. St. sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; Cons. St. sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602

141 A. Cerreto, Il nuovo volto dell'ottemperanza, in *Il nuovo diritto amministrativo*, pag. 48

celebrato il “tramonto della sua configurazione come organo straordinario della pubblica amministrazione”¹⁴². La conferma è data dall'inclusione del commissario tra i gli ausiliari del giudice all'art. 21 c.p.a. da cui deriva l'assoggettamento dello stesso all'istituto della ricusazione ex art. 20, c.2. Infatti, il commissario trae i suoi poteri dal provvedimento di nomina del giudice che controlla continuamente il suo operato, conoscendo di tutte le questioni relative all'ottemperanza e fornendo chiarimenti¹⁴³. L'amministrazione non può ne impugnare gli atti commissariali ne annullarli in sede di autotutela poiché il mezzo di contestazione per le parti previsto dal codice all'art. 114, c. 6, è quello del reclamo di fronte al giudice dell'ottemperanza. Il reclamo deve proporsi con atto da depositarsi, previa notifica ai controinteressati, entro 60 giorni dall'attività compiuta dal commissario. Un regime diverso è previsto per i terzi estranei al giudicato. Questi dovranno impugnare gli atti del commissario attraverso l'ordinario giudizio di cognizione non essendovi una ragione che giustifichi l'eventuale perdita di un grado di giurisdizione¹⁴⁴. Un'ulteriore argomento a favore della tesi che qualifica il commissario come organo ausiliare viene rinvenuto nell'art.114, c.6, così come modificato dal primo decreto correttivo¹⁴⁵, per cui il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza e conseguentemente di ogni questione concernente l'attività del commissario¹⁴⁶.

n.2/3, 2012; D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, op. cit; G. Mari, Il giudizio di ottemperanza, op. cit.

142 M. Antonioli, Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza op. cit. p. 1298

143 Ex art. 114, c.6, 7, ed art. 112, c. 5, c.p.a.

144 Cons. St. sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6835; Secondo G. Mari, Il giudizio di ottemperanza, op. cit. la modalità di contestazione dei terzi scelta dal Codice accoglie la tesi della natura sostanzialmente amministrativa degli atti del commissario pur rifiutandone la qualificazione come organo amministrativo.

145 D.Lgs. 15 novembre 2011 n.195

146 Anche nella Relazione Finale di accompagnamento del Codice si legge che il

In realtà, i contrasti sulla natura e regime degli atti del commissario non possono dirsi sopiti. Recentemente, vi è chi non ha aderito all'orientamento maggioritario. Ad esempio, V. Lopilato¹⁴⁷ ritiene non condivisibile l'assunto per cui tutta l'attività del commissario debba essere contestata di fronte al giudice dell'ottemperanza. Dato che il commissario deve porre in essere tutta l'attività necessaria per completare l'esecuzione, tale attività sarà in parte coperta dal giudicato ed in parte estranea, soggetta a disciplina di legge. In questo secondo caso, il commissario, dando attuazione alla legge è da qualificarsi come organo straordinario dell'amministrazione ed i suoi provvedimenti sono soggetti ad impugnazione in sede di giudizio ordinario. Al contrario, con l'impugnazione di tutti gli atti del commissario in sede di ottemperanza, il giudice conoscerebbe profili che non sono stati oggetto di sindacato in sede di cognizione violando il principio del doppio grado di giurisdizione e il principio di separazione fra poteri. In definitiva, l'autore aderisce alla tesi per cui il commissario è organo misto, ausiliario del giudice soltanto quando da esecuzione agendo nei limiti del giudicato mentre è organo dell'amministrazione per l'attività che esula dal giudicato stesso. Un'ulteriore tesi dottrinale¹⁴⁸, parte da una rilettura dell'art. 114 c.p.a. per cui il mezzo del reclamo non sarebbe posto in modo tale da escludere l'impugnazione ordinaria ma come strumento alternativo. L'opinione in commento, aderisce alla valutazione del commissario come ausiliario del giudice ma, essendo i suoi atti da assimilare a

commissario è “qualificato come ausiliario del giudice e non come organo dell'amministrazione e[...] risolvendo così un contrasto di giurisprudenza in ordine all'impugnabilità degli atti del medesimo commissario, ormai contestabili innanzi al giudice dell'ottemperanza”

147 V. Lopilato, Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza, in www.ilnuovodirittoamministrativo.it, 2012

148 S. Valaguzza, Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 1391

provvedimenti amministrativi in quanto impugnabili dai terzi in sede di legittimità, lo stesso strumento di garanzia dovrebbe essere riservato alle parti. Questo non riguarda tutte le casistiche ma solo in presenza di quegli atti del commissario che fuoriescono dall'effetto conformativo diretto o indiretto del giudicato da eseguire. Prevedere come unico strumento il reclamo, significa attribuire al giudice dell'ottemperanza una cognizione piena che va oltre quella che è la funzione e natura del processo esecutivo.

In relazione ai poteri del commissario ad acta, la giurisprudenza prevalente afferma che essi siano gli stessi del giudice dell'ottemperanza¹⁴⁹. L'ampiezza dei poteri dipenderà dal contenuto della sentenza ineseguita e quindi si sostanzierà sia in attività strettamente esecutiva sia attuativa con ampi margini di discrezionalità. Si afferma, inoltre, che il commissario adotta i provvedimenti necessari in deroga alle norme che disciplinano la competenza alla loro emanazione¹⁵⁰. In concreto, avendo il commissario gli stessi limiti del giudice nella giurisdizione di merito, si riflettono i medesimi problemi interpretativi che verranno affrontati successivamente¹⁵¹.

149 T.A.R. Catania (Sicilia), sez. I, 11 settembre 2013, n. 2215;

150 T.A.R. Campobasso, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 63

151 A. Cerreto, Il nuovo volto dell'ottemperanza, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 2/3, 2012

3. Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

3.1. Premessa

Come già riportato precedentemente, il giudizio di ottemperanza costituisce una delle materie, la più importante, incluse dall'art. 134 c.p.a. tra le ipotesi di giurisdizione estesa al merito. Tradizionalmente, la diversa estensione dei poteri di cognizione e decisione del giudice amministrativo ha dato luogo alla distinzione tra giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito. Questa tripartizione è stata mantenuta dal codice¹, tuttavia, non pochi giuristi ritengono tale tripartizione superata² ed il ruolo della giurisdizione di merito relegato ad un mero retaggio storico³. I caratteri essenziali del giudizio di ottemperanza sono strettamente correlati al significato che si attribuisce alla nozione di giurisdizione estesa al merito. Dunque, per analizzare la funzione e il modo in cui opera concretamente il giudice nel giudizio di ottemperanza è opportuno partire da un'indagine storica della giurisdizione di merito per poi verificarne l'attuale rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa.

1 L'art. 7, c.3, c.p.a. prevede che “La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito”

2 In F. G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p.101 si legge che questa tradizionale differenziazione si presenta “oggi in parte “svuotata” del significato originario”.

3 F. G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, op. cit. p. 110

3.2. Configurazione originaria della giurisdizione di merito

La giurisdizione di merito può essere considerata la più antica forma di giustizia amministrativa⁴ poiché le sue origini risalgono all'ordinamento in vigore nel Regno di Sardegna nel 1842⁵. Al Consiglio di Stato, istituito con sole funzioni consultive nel 1931⁶, vennero riservate, tra le altre, alcune particolari materie che verranno trasposte prima nella “giurisdizione propria” del Consiglio, poi nella giurisdizione “anche di merito” prevista nel 1889 con la legge Crispi⁷. Infatti, con l'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo⁸, le materie già previamente attribuite al Consiglio di Stato con funzioni consultive, rimasero di competenza di quest'ultimo. La soppressione di tale sistema non ebbe, quindi, carattere generale poiché alcune materie non vennero trasferite al giudice ordinario ma su di esse il Consiglio esercitava la c. d. “giurisdizione propria”⁹. La “giurisdizione propria” costituì una forma embrionale della giurisdizione di merito. In questo

4 F. G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, op. cit. p.106

5 Regolato dalle lettere patenti del 25 agosto 1842, n. 391 e 31 dicembre 1842, n.399

6 Regio Editto, 18 agosto 1931

7 L. 31 marzo 1889, n. 5592

8 L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E

9 Art. 10, l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato D, contenente la legge speciale sul funzionamento del Consiglio di Stato, prevedeva che esso esercitasse “giurisdizione propria, pronunciando definitivamente con decreti motivati, sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria; sulle controversie fra lo Stato e i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico; sui sequestri di temporalità e provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia; sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al Consiglio di Stato e sopra tutte le questioni che da leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse province del regno fossero di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato”

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

ambito, infatti, il Consiglio poteva decidere in modo definitivo il conflitto, attraverso un provvedimento emanato in sostituzione all'amministrazione, senza limitare il suo esame alla sola legittimità¹⁰. La scelta di affidare un gruppo di materie tra loro disomogenee ad un organo indipendente ma più vicino all'amministrazione rispetto al giudice ordinario, trova le sue radici nell'esigenza di salvaguardare quei rapporti giuridici in cui si ritengono più rilevanti gli interessi dello Stato¹¹.

Nel 1889, con l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato¹² e la previsione della giurisdizione generale di legittimità¹³, la "giurisdizione propria" del Consiglio venne conservata ed assunse la denominazione di "giurisdizione di merito". Molte delle materie precedentemente inserite nella competenza "propria" del Consiglio vennero fatte confluire in un elenco tassativo di fattispecie in cui il Consiglio di Stato avrebbe deciso "pronunciando anche in merito"¹⁴.

10 F. G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, op. cit. p. 107

11 F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 26

12 L. 31 marzo 1889, n. 5592

13 L' art. 24, l. 2 giugno 1889, n. 6166 (T.U. delle leggi sul consiglio di Stato) prevede una giurisdizione generale di legittimità sui "ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali"

14 L'art. 25, l. 2 giugno 1889, n. 6166 elencando le materie prevede "le controversie fra lo Stato e i suoi creditori, riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico; i sequestri di temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia; i ricorsi nelle materie che, a termini delle leggi vigenti, sono attribuite alla decisione del consiglio di Stato; i ricorsi per contestazioni fra comuni di diverse provincie per l'applicazione della tassa istituita dalla legge 11 agosto 1870, n. 5784, allegato O; i ricorsi per contestazioni sui confini di comuni o di provincie; i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

Tra di esse vi era anche il giudizio di ottemperanza, come si può notare dal testo della legge per cui confluiscono nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito “i ricorsi diretti ad ottenere l’adempimento dell’obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico”¹⁵. In seguito, nel 1907¹⁶, la competenza a decidere nel merito venne devoluta alla neoistituita Quinta Sezione del Consiglio di Stato mentre alla Quarta Sezione venne riservata la possibilità di decidere i ricorsi per questioni di legittimità. Questa novella legislativa, oltre ad aver ampliato i casi di giurisdizione estesa al merito¹⁷ ha introdotto un importante rafforzamento dei mezzi istruttori utilizzabili nelle ipotesi di giurisdizione di merito, differenziandola nettamente dalla configurazione originariamente prevista per la giurisdizione di legittimità. Con il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, la differenziazione funzionale tra la Quarta e Quinta Sezione viene abolita e vengono ridefiniti ed aumentati i casi di giurisdizione di merito¹⁸.

diritto civile o politico; i ricorsi in materia di consorzi per strade le quali tocchino il territorio di più provincie, e sopra contestazioni circa i provvedimenti per regime delle acque pubbliche ai termini della prima parte dell’articolo 124, legge 20 marzo 1865, sulle opere pubbliche; i ricorsi contro il diniego dell’autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione; i ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse provincie del Regno siano state di competenza dei consigli e delle consulte di Stato.

15 Art. 25, l. 2 giugno 1889, n. 6166

16 L. 7 marzo 1907, n. 62

17 Art. 3, l. 7 marzo 1907, n. 62 aggiunge nuove materie prevedendo “ricorsi in materia di spedalità e di ricovero per gli inabili al lavoro; i ricorsi contro le decisioni pronunciate dalle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale [...]; i ricorsi relativi a tutte le controversie, che da qualsiasi legge generale o speciale siano deferite alla giurisdizione del Consiglio di Stato anche per il merito”

18 All' art. 27, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 si legge che “Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito: 1) dei sequestri di

temporalità, dei provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e degli atti provvisori di sicurezza generale relativi a questa materia; 2) dei ricorsi per contestazioni fra Comuni di diverse Province per l'applicazione della tassa istituita dalla L. 11 agosto 1870, n. 5784, allegato O 27; 3) dei ricorsi per contestazioni sui confini di Comuni o di Province 28; 4) dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico 29; 26 La Corte Costituzionale, con sentenza 24 giugno 1958, n. 40, ha dichiarato la illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nel secondo comma dell'articolo 26 limitatamente alle «controversie doganali», in riferimento all'art. 113, secondo comma, Cost. 27 Vedi però art. 289 T.U. 14 settembre 1931, n. 1175, sulla finanza locale 28 Vedi art. 267 T.U. della legge comunale e provinciale, approvata con R.D. 3 marzo 1934, n. 383. 29 La Corte costituzionale, con sentenza 10-12 dicembre 1998, n. 406 (Gazz. Uff. 16 dicembre 1998, n. 50, Serie speciale), ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, primo comma, numero 4, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione. La stessa Corte, con successiva ordinanza 14-20 5) dei ricorsi in materia di consorzi per strade, le quali tocchino il territorio di più Province; 6) dei ricorsi contro il diniego dell'autorizzazione a stare in giudizio ad enti morali giuridici, sottoposti alla tutela della pubblica amministrazione; 7) dei ricorsi sopra tutte le questioni che per leggi speciali non peranco abrogate nelle diverse Province del Regno siano state di competenza dei Consigli e delle Consulte di Stato; 8) dei ricorsi contro il decreto emanato dal Prefetto per provvedere, ai termini del terzo capoverso dell'art. 132 della legge comunale e provinciale, T.U. 4 febbraio 1915, n. 148, all'amministrazione della proprietà od attività patrimoniali delle frazioni o agli interessi dei parrocchiani, che fossero in opposizione con quelli del Comune o di altre frazioni del medesimo; 9) dei ricorsi in materia di consorzi per opere idrauliche per le quali provvede lo Stato in concorso delle Province e degli enti interessati, o alle quali concorre lo Stato nell'interesse generale; 10) dei ricorsi in materia di concorso di spesa per opere di bonifica di prima categoria costruite dallo Stato direttamente o per sua concessione da enti o privati, nonché in materia di consorzi per opere di bonifica della stessa categoria, ai termini dell'art. 56, comma primo e secondo del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3256; 11) dei ricorsi intorno alla classificazione delle strade provinciali e comunali; 12) dei ricorsi contro provvedimenti della pubblica amministrazione in merito ad opere di privato interesse, esistenti o che potessero occorrere, attorno alle strade nazionali, od alla costruzione o riparazione dei muri od altri sostegni attorno alle strade medesime; 13) dei ricorsi contro i provvedimenti del Prefetto e contro le deliberazioni in materia di apertura, ricostruzione o manutenzione delle strade comunali e provinciali; 14) dei ricorsi contro le deliberazioni in materia di pedaggi sui ponti e sulle strade provinciali e comunali; 15) dei ricorsi contro provvedimenti ordinati dal Prefetto a norma di quanto è prescritto nell'art. 378 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sui lavori pubblici, relativi ad opere pubbliche delle Province e dello Stato, eccettuati quelli indicati nella 2ª parte della lettera b) dell'art. 70 del R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 2161 30; 16) dei ricorsi contro le decisioni pronunziate dalle giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale nei casi in cui le giunte stesse esercitano giurisdizione anche nel merito 31; 17) dei ricorsi relativi a tutte le controversie, che da qualsiasi legge generale o speciale siano deferite alla giurisdizione del Consiglio di Stato anche per il merito. Nulla è innovato, anche per le materie prevedute in questo articolo, alle disposizioni delle leggi vigenti, per quanto

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

Ma cosa significa decidere la controversia “anche in merito” e qual è la ragione dell'introduzione di tale istituto processuale? La risposta a questi interrogativi è sempre stata caratterizzata da dubbi ed ambiguità mai risolti in modo concorde dalla dottrina¹⁹. Il dato normativo, sintetico e laconico, ha contribuito all'incertezza circa la natura ed il significato intrinseco da attribuire alla giurisdizione di merito.

Il carattere eccezionale e quindi non suscettibile di estensione analogica della giurisdizione di merito ha visto, fin dagli esordi, la sua contrapposizione alla categoria generale della giurisdizione di legittimità, di cui ne costituisce una deroga²⁰. Dagli studi sui lavori parlamentari dell'epoca, la dottrina²¹ ha mostrato come le funzioni della Quarta Sezione venissero assimilate al giudizio dinnanzi alla Corte di Cassazione mentre le attribuzioni della Quinta Sezione al giudizio davanti ai magistrati d'appello del giudizio civile. Ciò significa che vi era una concezione fortemente limitata della giurisdizione di legittimità contrapposta ad un ambito di poteri più ampio della giurisdizione di merito. Nel primo caso, il giudice limitava l'esame ai motivi di illegittimità²² del provvedimento amministrativo impugnato essendo precluso un autonomo accertamento dei fatti. Nella

riguarda la competenza giudiziaria.

L'art 29, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 aggiunge ulteriori ipotesi alla giurisdizione di merito.

19 A. Police, Giurisdizione di merito, in *Diritto on line*, Treccani, 2015

20 Di “scontro” tra le due giurisdizioni nella percezione della dottrina e applicazione della giurisprudenza sin dalle origini, parla A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 1437 e ss., vol.2

21 F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 37; G. Vacirca, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

22 All'art. 3, l. 31 marzo 1889, n. 5992 si legge che la Quarta Sezione era chiamata a “decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici [...]”

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

giurisdizione di merito invece, l'oggetto del giudizio era incentrato sul rapporto giuridico dato che era possibile un'estensione all'accertamento del fatto. Al giudice della legittimità era consentita una limitata facoltà di accertare il fatto rappresentato dall'amministrazione poiché era possibile solamente valutare l'esistenza estrinseca materiale dei fatti²³. Ciò anche in ragione dei scarsi mezzi istruttori attribuiti al giudice amministrativo dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1889²⁴. Il limite era costituito dall'impossibilità di effettuare un sindacato, sia intrinseco che estrinseco, sulla valutazione dei fatti così come effettuata dall'amministrazione. Quindi, il fatto a cui doveva attenersi il giudice era quello stabilito e rappresentato dall'amministrazione. Tale limite coincideva con il merito o discrezionalità amministrativa, categorie a cui fu affiancato, in modo netto, il significato di insindacabilità²⁵.

Nella giurisdizione di merito, secondo le intenzioni del legislatore del 1889, il giudice poteva procedere ad un'autonoma ricostruzione dei fatti prescindendo dalla valutazione effettuata dall'amministrazione. In virtù di poteri istruttori²⁶ più ampi, il giudice accedeva direttamente ai fatti relativi alla controversia insorta tra l'amministrazione ed il

23 F.G. Scoca, Giustizia Amministrativa, op. cit., p. 103

24 Art. 37, l. 2 giugno 1889, n. 6166 prevedeva che “ se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti”

25 B. Giliberti, Il merito amministrativo, Cedam, Padova, 2013, p. 18

26 Il r.d. 17 agosto 1907, n. 642 contenente il regolamento di procedura dinnanzi alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, all'art. 27 prevedeva che la Quinta Sezione a poteva “assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni”

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

privato²⁷.

In definitiva, si sostiene²⁸ che la principale differenza tra giurisdizione di legittimità e merito, al momento della nascita del sistema giurisdizionale amministrativo, era data da una diversa ampiezza dei poteri cognitori ed istruttori utilizzabili nei rispettivi giudizi. Da un lato, nel giudizio di legittimità, la cognizione era rivolta al solo giudizio di diritto, volta ad accertare l'esistenza dei vizi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge. L'indagine, visti gli scarsi mezzi istruttori, doveva arrestarsi alla verifica dell'esistenza dei fatti senza proseguire con la valutazione della correttezza con cui l'amministrazione, nel corso dell'istruttoria antecedente all'emanazione del provvedimento, aveva qualificato i fatti controversi. Inoltre, all'annullamento del provvedimento seguiva la rimessione della successiva attività alla discrezionalità dell'autorità amministrativa competente²⁹. Dall'altro lato, il sindacato nel merito corrispondeva ad un accertamento pieno sia di diritto che di fatto. Ad un autonomo apprezzamento dei fatti oggetto del giudizio conseguivano poteri decisori maggiori in quanto il giudice, oltre ad annullare l'atto controverso, aveva la possibilità di sostituirsi all'amministrazione disciplinando il rapporto giuridico controverso.

27 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo op. cit. p. 41

28 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo op. cit. p. 44-45; G. Vacirca, La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici op. cit.

29 L'art. 45, c1, r.d. 26 giugno 1914, n. 1058 affermava che “se il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale riconosce infondato il ricorso, lo rigetta. Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie il ricorso per altri motivi [...], annulla l'atto o provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa [...]”

3.3. I vari orientamenti sulla nozione di giurisdizione di merito

L'interpretazione per ultimo prospettata, circa le caratteristiche distintive della giurisdizione di merito, non venne accolta unanimemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Sin dalle origini, il concetto di merito amministrativo, dal punto di vista processuale, è stato oggetto di forti contrapposizioni teoriche³⁰. Un primo orientamento, come già visto, ha attribuito alla giurisdizione di merito il significato di una cognizione piena circa i fatti oggetto del giudizio. A sostegno di questa prospettiva vi era l'estensione dei mezzi di prova e di decisione del giudice. Questa tesi aveva inoltre il vantaggio di scardinare la temuta possibilità che il giudice potesse inserirsi negli affari amministrativi in violazione del principio di separazione fra poteri³¹. Tuttavia, l'indirizzo più seguito, diventato tradizionale³², si riconnetteva al concetto di merito amministrativo. Si sosteneva che il giudice potesse estendere il sindacato all'opportunità o convenienza dell'azione amministrativa ossia al merito inteso in senso sostanziale. L'introduzione della giurisdizione di merito come categoria eccezionale venne vista come conferma della regola generale per cui sono sottratte al controllo giurisdizionale le scelte discrezionali

30 A. Police, Giurisdizione di merito, in *Diritto on line*, 2015, Treccani

31 A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op. cit. p. 1444

32 Per la sintetica ricostruzione dei diversi convincimenti dell'epoca si veda A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op. cit.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

dell'amministrazione³³. Quindi, eccezionalmente rispetto all'ambito riservato al giudizio di legittimità, il giudice avrebbe potuto sostituirsi all'amministrazione nell'apprezzamento dei profili di convenienza, opportunità, utilità ed equità dell'atto amministrativo³⁴. Secondo l'impostazione più tradizionale dell'epoca, la giurisdizione di merito avrebbe comportato un sindacato di opportunità in via aggiuntiva rispetto al giudizio di legittimità³⁵. Oltre i vizi di legittimità, sarebbero stati censurabili anche i vizi di merito del provvedimento. Tutto ciò, sulla base dell'art. 27 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato³⁶, il quale riportava: “il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito”. Questa ricostruzione, nella sua accezione più estrema ha portato anche a dubitare della natura giurisdizionale dell'attività del giudice di merito³⁷.

Vi era infine, un terzo orientamento secondo il quale, nella giurisdizione di merito, sarebbe stato possibile esercitare una giurisdizione estesa, oltre che agli interessi legittimi, anche ai diritti soggettivi³⁸. Ben presto però, con l'introduzione della giurisdizione esclusiva, non fu più possibile sostenere che l'ambito di applicazione della giurisdizione di merito coincidesse con la “giurisdizione piena” avente ad oggetto diritti soggettivi ed interessi legittimi, proprio perché appartenente da quel momento ad una “nuova” giurisdizione. La tesi

33 B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, op. cit. p. 19

34 R. Caponigro, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, relazione per il seminario di studi “Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici”, organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, in Roma, 9 febbraio 2010, in www.giustizia-amministrativa.it

35 A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op. cit. p. 1443

36 R.d. 26 giugno 1924, n. 1054

37 A. Police, *Giurisdizione di merito*, in *Diritto on line*, 2015, Treccani

38 B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, op. cit., p. 27

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

venne così totalmente superata³⁹.

Nel tempo, è rimasta ben salda l'idea di una coincidenza tra giurisdizione di merito e opportunità amministrativa⁴⁰. In effetti, la configurazione della giurisdizione di merito come giudizio sull'opportunità amministrativa, secondo parte della dottrina⁴¹, ha contribuito al suo declino ed applicazione sempre meno frequente.

a) Cenni sul concetto di merito amministrativo

L'opinione dottrina per cui alla giurisdizione di merito corrisponde un sindacato esteso al merito amministrativo deriva, secondo alcuni⁴², da un'ambiguità linguistica di fondo. Questa, ha portato a confondere l'ambito di poteri attribuiti al giudice amministrativo, quindi la giurisdizione di merito, con una nozione di diritto sostanziale, ossia il merito amministrativo.

La nozione di merito è sempre stata caratterizzata dall'essere controversa e spesso contraddittoria⁴³. Il tema, fin dalle origini, è stato strettamente connesso alla nozione di discrezionalità amministrativa⁴⁴. Ad entrambe le figure veniva assegnata, come tratto distintivo,

39 R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", Dir. Amm., 2008, p. 517

40 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 143 parla della "persistente attualità della tesi tradizionale secondo cui la giurisdizione di merito consentirebbe al giudice di sindacare l'opportunità degli atti discrezionali adottati dalla pubblica amministrazione"

41 A. Sandulli, Diritto processuale amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 50

42 G. Virga, La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della pubblica amministrazione, in www.lexitalia.it, n. 2, 2006

43 R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", op. cit.

44 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 78

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

l'insindacabilità giurisdizionale⁴⁵. In un primo momento, la dottrina⁴⁶ ritenne che il concetto di merito coincidesse con l'opportunità amministrativa intesa come sintesi dei principi di buona amministrazione. Tale ambito risultava coperto da regole extra giuridiche e, pertanto, insindacabili dal giudice nel giudizio di legittimità. D'altra parte, per discrezionalità si intendeva l'insieme delle valutazioni rimesse all'amministrazione ma sottoposte ad un vincolo di scopo da parte delle norme attributive del potere pubblico. In questo caso il vincolo finalistico risultava suscettibile di controllo in sede di legittimità⁴⁷. In seguito, avanzò l'ipotesi di un concetto di merito più ampio rispetto alla sola opportunità delle scelte amministrative coincidente con l'ambito interno e soggettivo di quella parte del processo decisionale, spettante all'amministrazione e non regolata dal diritto⁴⁸. Per alcuni⁴⁹, l'idea per cui al merito corrispondesse una sfera non retta da norme giuridiche viene meno con l'entrata in vigore della Costituzione ed in particolare con l'art. 97 cost., il quale legalizza il principio del buon andamento della pubblica amministrazione. Il merito assumerebbe così connotati giuridici. Tuttavia, si tratterebbe sempre di un'area insindacabile per l'inopportunità di portare fatti e vicende amministrative al di fuori degli uffici competenti oppure perché riconducibile alla sovranità popolare e quindi a scelte politiche insindacabili.

45 R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", op. cit.

46 Per la ricostruzione storica dei vari orientamenti: B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013, p. 33 e ss.; R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", *Dir. Amm.*, 2008, p. 517; F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op.cit.

47 B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, op. cit. sulla teoria di A. Amorth circa il merito amministrativo.

48 B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, op cit. ricostruisce il pensiero di M.S. Giannini.

49 B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, op. cit. p. 51- 63

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

In realtà, anche attualmente, la maggior parte della dottrina⁵⁰ e giurisprudenza⁵¹ ritiene coincidente il merito con l'opportunità e la convenienza delle scelte amministrative discrezionali⁵². Di conseguenza, visto che l'azione amministrativa è oggi sottoposta alla legge⁵³, ritenere che la giurisdizione di merito abbia ad oggetto il merito come giudizio di opportunità che riguarda le scelte discrezionali della pubblica amministrazione, significherebbe affermare che il giudice possa esercitare una funzione non giurisdizionale⁵⁴. Parte della dottrina⁵⁵ ritiene più opportuno ravvisare nella giurisdizione di merito il potere di effettuare un'autonoma cognizione dei fatti controversi in virtù dei maggiori poteri, oggi solo, decisori⁵⁶.

50 V. Cerulli Irulli, Lineamenti del diritto amministrativo, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 288; F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 87

51 Cons. St. Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843; Cons. St. Sez. V, 22 ottobre 2012, n. 5397; T.A.R. Milano, Lombardia, sez. III, 17 febbraio, 2016, n. 338

52 Contrario a tale impostazione è R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", op. cit. secondo cui la nozione di merito deve essere ricostruita, per poter essere coerente con l'evoluzione del diritto amministrativo moderno, nell'ottica non più della contrapposizione alla legittimità e quindi insindacabilità ma della sua diversità rispetto alla stessa. In particolare l'autore ritiene che il merito deve essere riferito ad una forma più penetrante ed incisiva di sindacato giurisdizionale rispetto al controllo di legalità formale ed al controllo di legalità sostanziale.

53 L. 7 agosto 1990, n. 241

54 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 143 suggerisce che in questo caso si tratterebbe di una funzione amministrativa svolta in forma giurisdizionale; R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", op. cit. afferma che il concetto di merito non possa essere enucleato da quello di giurisdizione di merito.

55 G. Virga, La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della pubblica amministrazione, op. cit.; F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 136; A. Police, La giurisdizione di merito, in Diritto on line, 2015, Treccani

56 Essendo venuta meno la distinzione rispetto alla giurisdizione generale di legittimità sui mezzi istruttori utilizzabili dal giudice ex art. 63 c.p.a

b) Il declino (o forse no) della giurisdizione di merito

Come notato precedentemente, la giurisdizione di merito nasce e si sviluppa come forma eccezionale e derogatoria rispetto alla giurisdizione di legittimità. Ma fin dalla sua introduzione non ha avuto molta fortuna ed oggi la tendenza, secondo alcuni, è dell'esaurimento dell'utilità di una autonoma categoria di cognizione anche "in merito"⁵⁷. Vi è chi la definisce come un "simulacro svuotato di sostanza"⁵⁸ per riferirsi alla sua perdita di valore nell'attuale sistema amministrativo. L'unico caso che rimane escluso dall'oblio in cui è caduta la giurisdizione di merito è il giudizio di ottemperanza.

Le ragioni del declino della giurisdizione di merito sono molteplici. In primo luogo, vi è stata la tendenza della giurisprudenza ad un atteggiamento di "self restraint" nell'esercizio degli ampi poteri giurisdizionali concessi all'interno della giurisdizione di merito⁵⁹. Ciò è connesso all'idea del giudizio in esame come sindacato sulle valutazioni discrezionali e di opportunità rimesse all'amministrazione. Il giudice amministrativo, infatti, ha spesso evitato di pronunciarsi sull'opportunità delle scelte amministrative in ragione della forte influenza che ha avuto, nel nostro ordinamento, il principio della separazione dei poteri. Per lo stesso motivo vi è stata una certa riluttanza della giurisprudenza, in caso di annullamento del provvedimento, a sostituirsi all'amministrazione nella riformulazione

57 B. Sassani, Dal Controllo del potere all'attuazione del rapporto, op.cit. p. 137

58 F.G. Scoca, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 847

59 A. Sandulli, Diritto processuale amministrativo, op. cit. p. 51

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

dell'atto⁶⁰. Il sindacato nel merito, alla luce del principio di separazione fra poteri, è stato visto, in questi casi, come una potenziale “grave limitazione all'autonomia della pubblica amministrazione”⁶¹. Tutto ciò ha favorito l'utilizzo, nell'ambito della giurisdizione di merito, degli schemi tipici della giurisdizione di legittimità⁶². Ossia un accesso al fatto limitato, l'utilizzo dei pochi mezzi probatori consentiti nel giudizio di annullamento - in particolare le prove documentali presentate dalle parti - e l'emanazione di sole sentenze di annullamento. Diversamente da ciò che avveniva in concreto, le previsioni di legge consentivano per la giurisdizione di merito, un accesso pieno al fatto, maggiori poteri istruttori e la possibilità di modificare e sostituire il provvedimento viziato⁶³. Contestualmente, l'evoluzione della giurisdizione di legittimità ha reso meno evidente la necessità di ricorrere alle più ampie possibilità offerte dalla giurisdizione di merito. Dato che è stata possibile una tutela più efficace e diretta grazie ad un nuovo modo di concepire il sindacato di legittimità, la giurisdizione di merito ha progressivamente perso il suo fascino.

Un'ulteriore ragione, della sempre più scarsa rilevanza del sindacato di merito, può collegarsi al tipo e numero di materie tassativamente incluse in tale giurisdizione. In primo luogo, la loro eterogeneità ha sfavorito, fin dalle origini, una ricostruzione dogmatica unitaria della categoria. In secondo luogo, il numero delle materie rientranti nell'elenco ha visto, invece che un accrescimento in ragione del

60 F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, op. cit. p. 110

61 G. Tropea, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 965

62 A. Quaranta, V. Lopilato, *Il processo amministrativo-Commentario al D. lgs. 104/2010*, Giuffrè Editore, 2011, p. 1094

63 F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op. cit. p. 59

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

moltiplicarsi delle attività dell'amministrazione, una sua diminuzione⁶⁴. Fino ad arrivare al codice del processo amministrativo, il quale ha ulteriormente ridotto i casi di giurisdizione di merito⁶⁵. Inoltre si deve rilevare la perdita di importanza delle materie stesse, le quali, ad eccezione del giudizio di esecuzione, oggi costituiscono ambiti scarsamente importanti⁶⁶

Alcuni ritengono⁶⁷ che nuovo vigore alla categoria è stato dato dall'introduzione di due recenti ipotesi di giurisdizione di merito ad opera del legislatore. Ci si riferisce alla c.d. class action amministrativa ed al contenzioso in materia di appalti pubblici. Il primo istituto è stato inserito nel nostro ordinamento nel 2009⁶⁸ in seguito ad una delega al Governo⁶⁹ avente come fine l'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e l'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. La class action concretizza un'azione volta a costringere la pubblica amministrazione a ripristinare il corretto svolgimento delle funzioni o la corretta erogazione di un servizio con conseguente potere del giudice di ordinare all'amministrazione soccombente di porre rimedio alla violazione accertata⁷⁰. Pur essendo previsto, nella legge delega, che l'azione dovesse essere inserita nella giurisdizione esclusiva e di merito, il testo del decreto ha eliminato

64 G. Virga, La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della pubblica amministrazione, op. cit.

65 Art. 134 c.p.a.

66 G. Tropea, L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione, op. cit.

67 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit.; F.G. Scoca, Giustizia amministrativa, op. cit.

68 D. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 recante "L'attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici."

69 L. 4 marzo 2009, n. 15

70 M. Clarich, Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

qualsiasi riferimento alla giurisdizione di merito. Tuttavia, parte della dottrina⁷¹ ritiene, che in base ad un'interpretazione sistematica, la class action debba essere qualificata come ipotesi di giurisdizione di merito. Questo perché il sindacato sulla correttezza delle funzioni o dell'erogazione del servizio presuppone valutazioni di fatto, tipiche di tale giurisdizione. Il giudice quindi, non può adottare atti in sostituzione dell'amministrazione né stabilire le concrete modalità per ripristinare l'efficienza ma può esercitare un penetrante controllo sull'attività amministrativa⁷². La ricostruzione avviene nell'idea della giurisdizione di merito come pieno accesso ai fatti in giudizio e non come giudizio sull'opportunità amministrativa.

Il secondo caso di “nuova” giurisdizione di merito concerne il processo in materia di appalti pubblici previsto dagli artt. 121 e ss. c.p.a. In particolare, al giudice è attribuita la possibilità di decidere in ordine alla sorte dei contratti stipulati in seguito ad un'aggiudicazione dichiarata nulla. Egli potrà dichiararne l'inefficacia stabilendone la decorrenza in base ad una valutazione di opportunità. Ciò che rileva però, è che il giudice può anche mantenere l'efficacia del contratto, pur in presenza di grave violazioni, quando accerta che in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale sia opportuna la permanenza del contratto stesso⁷³.

Entrambi i casi hanno la peculiarità di non prevedere necessariamente una giurisdizione aggiuntiva rispetto a quella generale di legittimità ed inoltre non ammettono una sostituzione da parte del giudice

71 F. G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, op. cit. p.; F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op. cit. p. 218; A. Police, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, op. cit. p. 1452

72 L. Felletti, *I primi cinque anni della class action amministrativa*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2015, pag. 0053B

73 Ex artt. 122 e 123 c.p.a.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

nell'attività amministrativa⁷⁴. Sono quindi lontani dal tradizionale orientamento sulla giurisdizione di merito. Tuttavia, vi è in parte della recente dottrina⁷⁵ un diverso modo di concepire quello che è il ruolo del giudizio di merito e soprattutto la ragione della sua costante utilità. La tesi in commento ritiene che in alcune ipotesi eccezionali e tassative il giudice, al tempo stesso, oltre a fornire tutela all'interesse legittimo danneggiato del privato, deciderebbe anche in ordine al corretto assetto di interessi pubblici. La cura dell'interesse pubblico insieme alla tutela dell'interesse privato caratterizzerebbe la giurisdizione di merito rispetto alla giurisdizione di legittimità. I fautori di questa ricostruzione negano che si tratti di una valutazione di opportunità in quanto il giudice non effettua valutazioni discrezionali rimesse all'amministrazione ma compie scelte soltanto in relazione ai mezzi che meglio consentono un'armonizzazione tra interesse privato e pubblico.

3.4. La giurisdizione di merito nel Codice del Processo Amministrativo: ambito di applicazione, caratteri distintivi ed utilità della categoria

Nel nuovo Codice del processo amministrativo le ipotesi di giurisdizione di merito sono state drasticamente ridotte in accordo con le indicazioni previste nella legge delega⁷⁶ al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo. Tra i criteri direttivi vi era

74 F.G. Scoca, Giustizia Amministrativa, op. cit. p. 111

75 F. D'Angelo La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit.; A. Police, Attualità e prospettive della giurisdizione di merito, op. cit.

76 L. 18 giugno 2009, n. 69.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

infatti, la necessità di “disciplinare le azioni e le funzioni del giudice riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente”⁷⁷.

L'art 134 c.p.a. prevede unicamente cinque tipi di controversie incluse nella giurisdizione estesa al merito:

- a) l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell’ambito del giudizio di cui al Titolo I del Libro IV;
- b) gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa;
- c) le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall’articolo 123;
- d) le contestazioni sui confini degli enti territoriali;
- e) il diniego di rilascio di nulla osta cinematografico di cui all’articolo 8 della legge 21 novembre 1962, n. 161.

Come si può notare, al primo posto viene inserito il giudizio di ottemperanza a conferma della sua importanza⁷⁸.

Al secondo punto sono previsti gli atti e le operazioni in materia elettorale, attribuiti alla giurisdizione amministrativa. Questa materia rientra nell'ambito del contenzioso elettorale oggetto di specifica

77 Art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69

78 C. Santino, La giurisdizione estesa al merito, i poteri del giudice amministrativo e l'ottemperanza di chiarimento, in www.rivistadiscienze sociali.it, 3 settembre 2013

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

disciplina codicistica⁷⁹, in quanto sottoposto al rito speciale relativo alle operazioni elettorali di Comuni, Province, Regioni e Parlamento europeo. Ai sensi dell'art. 130, c. 9, c.p.a. il “tribunale amministrativo regionale, quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno il diritto di esserlo”. In questo caso, è evidente che non si tratti di un caso di giurisdizione di merito che ha ad oggetto apprezzamenti dell'interesse pubblico, in quanto il giudice si sostituisce ad un'attività totalmente vincolata. Ciò perché, il giudice è tenuto a porre in essere gli atti di esecuzione conseguenti alla sentenza di annullamento effettuando un “giudizio di stretto diritto preceduto da un accurato accertamento dei fatti controversi”⁸⁰. Si tratterebbe quindi di una sorta di anticipazione dell'esecuzione alla fase di cognizione senza, però, alcun sindacato su valutazioni di tipo discrezionale effettuate dall'amministrazione⁸¹.

La terza categoria di controversie previste dall'art. 134 c.p.a. è quella relativa alle sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti⁸². Tra queste, si ricordano le sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La giurisprudenza⁸³ ritiene che il sindacato

79 Artt. 130-132 c.p.a.

80 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 179

81 R. Caponigro, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, op. cit. p.10

82 All'art. 134, lett. c), c.p.a. le parole: “e quelle previste dall'articolo 123” sono state aggiunte dal D. lgs. 15 novembre 2011, n. 195. Successivamente la Corte Costituzionale, con sentenza del 27 giugno 2012, n. 162, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa.

83 T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, pag. 71

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

di merito si sostanzia nella possibilità per il giudice, oltre che ad annullare in tutto od in parte l'atto, di modificarlo in ordine all'entità della sanzione dovuta. Tuttavia, anche in questo caso, si può affermare che l'attività sanzionatoria è attività vincolata che non presuppone una valutazione nel merito. Nell'irrogare sanzioni, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si deve attenere ai presupposti indicati dalla legge. Inoltre, tali presupposti non si riferiscono all'apprezzamento di interessi pubblici ma ad altri fattori indicati dalla normativa vigente⁸⁴. Conseguentemente, il giudice nel sostituirsi all'Autorità amministrativa per la risoluzione della controversia, non effettua accertamenti nel merito ma compie un sindacato pieno di fatto e di diritto⁸⁵.

Tra i casi di giurisdizione estesa al merito si trovano, in seguito, le contestazioni sui confini degli enti territoriali. Siamo in presenza di un ulteriore caso di sindacato esteso al pieno accertamento dei fatti e non all'opportunità amministrativa. Ciò viene confermato dalla giurisprudenza⁸⁶, la quale afferma che il procedimento in esame non implica una decisione costitutiva o modificativa dei confini controversi ma solamente un accertamento degli stessi. Il potere del giudice si estende, oltre l'accertamento dei meri vizi di legittimità, all'intero rapporto controverso con pieni poteri di accertamento del fatto⁸⁷.

Infine, l'ultima previsione di giurisdizione estesa al merito concerne le controversie cineteatrali, in particolare le contestazioni riguardanti il diniego di rilascio del nulla osta cinematografico. Il legislatore utilizza

29 dicembre 2007, n. 14157

84 Artt. 14 e ss., l. 10 ottobre 1990, n. 287

85 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 185

86 Cons. St. sez. V, 31 dicembre 2008, n. 6733; Corte Cost. 30 giugno 1988, n. 743; Corte Cost. 6 febbraio 1993, n. 55.

87 R. Caponigro, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, op. cit.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

la clausola generale del “buon costume” come criterio alla base del giudizio sul rilascio o meno del permesso alla proiezione del film oppure sulla limitazione della proiezione ai minori di 18 o 14 anni⁸⁸. Pur essendo il “buon costume”⁸⁹ un criterio dai confini incerti, l'amministrazione compie un'attività vincolata in quanto deve accertare la corrispondenza tra l'opera cinematografica o teatrale ed il criterio stesso, senza alcuna valutazione di tipo discrezionale. Di conseguenza, il giudice nel sostituirsi all'amministrazione non effettua alcun sindacato nel merito ma compie un pieno giudizio sul fatto.

Dall'esame dei casi inseriti nella giurisdizione con cognizione estesa al merito si possono dedurre alcune conseguenze. In primo luogo le fattispecie esaminate, ad esclusione del giudizio di ottemperanza, sono oggi scarsamente rilevanti ed obsolete⁹⁰. Inoltre, si deve considerare che per la maggior parte delle ipotesi non è neppure possibile configurare una valutazione di opportunità⁹¹ in quanto presuppongono l'esercizio di attività vincolata ed hanno ad oggetto diritti soggettivi. Tutto ciò costituisce argomento a favore da un lato, alla teoria per cui la configurazione dei poteri di cognizione estesi al merito deve essere intesa come sindacato esteso al pieno accertamento dei fatti e dall'altro lato, all'idea dell'inutilità dell'esistenza di un'autonoma categoria di giurisdizione di merito.

Altre due disposizioni del codice sono rilevanti ai fini dell'inquadramento della giurisdizione di merito. L'art. 7, c. 6 c.p.a.,

88 Artt. 5, 6, l. 21 aprile 1962, n. 161

89 “Principio fondamentale che riassume i canoni fondamentali di onestà, pudore e onore espressi dalla società in una data epoca costituendo un limite all'autonomia privata” in Enciclopedia Giuridica Treccani

90 G. Virga, La giurisdizione di merito e la nuova disciplina del silenzio della pubblica amministrazione, op. cit.; A. Sandulli, Diritto processuale amministrativo, op. cit. p. 52

91 G. Vacirca, La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici, op. cit.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

oltre a rinviare all'art. 134 ed alla legge per l'individuazione delle ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito, afferma che nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice può sostituirsi all'amministrazione. L'ampiezza dei poteri del giudice viene precisata all'art. 34 c.1 lett. d, per cui se il ricorso viene accolto, egli può adottare un nuovo atto, ovvero modificare o riformare quello impugnato. Ma quali sono attualmente le differenze rilevanti rispetto alla giurisdizione di legittimità?

Oggi, ciò che contraddistingue la giurisdizione di merito è la possibilità di adottare pronunce che sostituiscono il contenuto del provvedimento impugnato. Tuttavia, secondo alcuni⁹², se tale ampio potere di decisione è essenziale nel giudizio di ottemperanza per consentire la piena soddisfazione del ricorrente, in sede di cognizione, per le materie tassativamente previste dall'art. 134 c.p.a., costituirebbe un'inutile duplicazione di poteri già previsti in sede esecutiva. Dato che l'ottemperanza ha applicazione generale, il potere sostitutivo, nei restanti casi di cognizione estesa al merito, costituirebbe solamente una sorta di anticipazione dell'esecuzione alla fase di cognizione.

Inoltre, sempre per quanto concerne l'ambito dei poteri decisori, una diminuzione delle differenze rispetto al giudizio di legittimità, è avvenuta con l'introduzione all'art. 34, c. 1, lett. e) della possibilità per il giudice di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce esecutive, tra cui la nomina di un commissario ad acta già in sede di cognizione. Quindi, nella giurisdizione generale di legittimità, oltre al potere di annullamento con la conseguente possibilità di utilizzare la motivazione per indirizzare la successiva attività dell'amministrazione (il c.d. potere

92 R. Caponigro, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, op. cit.;
A. Quaranta, V. Lopilato, Il processo amministrativo, op. cit. p. 1095

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

conformativo), vi sono anche gli strumenti idonei per costringere l'amministrazione ad adottare l'atto satisfattivo⁹³.

Non costituisce più tratto distintivo, a differenza del passato, l'ampiezza dei poteri istruttori della cognizione estesa al merito attribuiti al giudice, dato che il codice ha previsto una disciplina unificata, applicabile all'intera giurisdizione amministrativa.

Anche per quanto riguarda l'oggetto della cognizione, le differenze rispetto al giudizio di legittimità risultano attenuate⁹⁴. In primo luogo, il giudizio di annullamento si configura sempre più come giudizio sul rapporto e non sull'atto⁹⁵, per la necessità di accertare il fondamento della pretesa, anche risarcitoria, del ricorrente. In secondo luogo, la cognizione del giudice di legittimità risulta ampliata anche grazie all'azione di accertamento, che presuppone l'indagine circa la spettanza dell'utilità richiesta dall'interessato nel giudizio sul silenzio ed in quello sull'accesso⁹⁶. In definitiva si può osservare come nella dottrina più recente, sia sempre più evidente l'idea del superamento dell'utilità di un'autonoma categoria di cognizione estesa al merito proprio perché gli stessi risultati possono o potrebbero essere raggiunti tramite l'ordinaria giurisdizione di legittimità⁹⁷. Ci si può domandare se il giudizio di legittimità ha in sé il potenziale per ottenere le tutele

93 F. G. Scoca, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo, op. cit.

94 A. Carbone, L'azione di adempimento nel processo amministrativo, G. Giappichelli, Torino, 2012, p. 222 esprime l'idea per cui nel quadro emerso con il Codice del processo amministrativo non rimane molto ovvia la differenza fra i poteri cognitori del giudice di legittimità e di merito.

95 A. Sandulli, Diritto Processuale Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2007, p. 51;

96 P. De Lise, Lo statuto del provvedimento amministrativo, Testo dell'introduzione al Convegno sullo statuto del provvedimento amministrativo, promosso dalla SEPA, Scuola Eugubina di pubblica amministrazione, svoltosi a Spoleto nei giorni 17 e 18 ottobre 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

97 B. Sassani, Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, op. cit. p. 137

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

raggiungibili con la giurisdizione di merito. Per rispondere, nel prossimo capitolo analizzeremo alcune delle ipotesi in cui la giurisdizione di legittimità ha visto allargare i suoi confini cognitori e decisori, in modo tale da rendere possibile un accertamento pieno del fatto ed una sorta di anticipazione dell'esecuzione alla fase della cognizione.

3.5. Il giudizio di ottemperanza come giurisdizione di merito: applicazione dell'istituto nella più recente giurisprudenza

Un ragionamento parzialmente diverso deve essere fatto per il giudizio di ottemperanza. Questo perché siamo di fronte ad un giudizio peculiare che non è di cognizione ma deve assicurare l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali. La ratio dell'attribuzione al giudice dell'esecuzione di poteri di cognizione e decisione maggiori, consiste nella necessità di far ottenere una tutela piena ed effettiva di fronte ad un giudicato rimasto inattuato dalla pubblica amministrazione. L'attività sostitutiva del giudice può riguardare sia atti vincolati che non ma l'esercizio di valutazioni discrezionali non rappresenta l'oggetto del giudizio. Quest'ultimo coincide, infatti, con la verifica circa l'esatto adempimento del giudicato e la ricerca della migliore soluzione per l'esecuzione dello stesso⁹⁸. In particolare, essendo il giudice tenuto all'esecuzione nei limiti della sentenza inottemperata, la funzione del giudizio può ravvisarsi nell'attuazione di quel effetto

98 F. D'Angelo, La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, op. cit. p. 190

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

conformativo derivante dalla sentenza di annullamento⁹⁹.

Per comprendere il ruolo del giudizio di ottemperanza all'interno della giurisdizione di merito ed il modo in cui i giudici effettivamente utilizzano la cognizione estesa al merito all'interno di tale giudizio, si procederà con un esame delle più recenti applicazioni giurisprudenziali dell'istituto.

L'analisi procederà ad inquadrare per macro categorie alcuni dei tratti essenziali del giudizio di ottemperanza partendo dalla lettura di una delle più importanti pronunce in materia, del periodo successivo all'emanazione del Codice. Si tratta della sentenza n.2 del 2013 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰⁰. Questa, ha operato un'interessante ricostruzione dei caratteri del giudizio alla luce delle novità introdotte dal Codice. In particolare, il nodo centrale che la sentenza in commento cerca di risolvere, riguarda la questione del corretto utilizzo degli strumenti di tutela giudiziaria in relazione al caso in cui l'amministrazione reiteri, con uguale risultato, atti già annullati dal giudice amministrativo. Nell'esaminare tale problema, l'Adunanza Plenaria si sofferma ad analizzare alcuni argomenti centrali e preliminari quali la natura, l'oggetto ed i limiti del giudizio di ottemperanza.

Il fatto all'origine della decisione, concerne una procedura di valutazione comparativa indetta dal Rettore dell'Università degli Studi di Bari per la copertura di un posto di professore ordinario presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia. In seguito alla procedura comparativa, due candidati vengono ritenuti idonei mentre il terzo classificato viene escluso, pur essendo i suoi titoli risultati

99 R. Caponigro, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, op. cit.;
F.G. Scoca, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo, op. cit.

100 Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2

oggettivamente non dissimili rispetto al secondo candidato. Tale conclusione viene riconfermata dalla Commissione esaminatrice una seconda volta, dopo che un esame sulla regolarità degli atti della procedura, svolto da una Commissione consultiva, aveva evidenziato alcune irregolarità. Il risultato della selezione viene, così, ratificato dal Rettore dell'Università. Il candidato risultato non idoneo presenta ricorso al T.A.R. ed ottiene una pronuncia di accoglimento con cui viene annullata la nomina ed ordinato all'Ateneo di rinnovare parzialmente la procedura valutativa dei due candidati¹⁰¹. Il giudice, infatti, osserva che vi sono irregolarità nella procedura ed alcune incoerenze logiche nella motivazione della Commissione esaminatrice quindi, vi è carenza di un criterio logico nella selezione. La sentenza del T.A.R. viene confermata anche in appello¹⁰². Tuttavia, la nuova valutazione comparativa giunge al medesimo risultato della prima, ritenendo non idoneo il ricorrente vittorioso e preferendo il secondo. A questo punto, il candidato nuovamente estromesso, impugna il decreto del Rettore che aveva recepito le determinazioni della Commissione, sia con un ricorso di ottemperanza per dedurre la nullità dell'atto per elusione o violazione del giudicato, sia con un autonomo ricorso per l'annullamento dello stesso. Il ricorso per ottemperanza è dichiarato inammissibile¹⁰³ in quanto il riesercizio del potere viene ritenuto corretto poiché formalmente rispettoso della sentenza passata in giudicato. Contro la sentenza che dichiara l'inammissibilità, il candidato escluso propone appello. Il ricorso per l'annullamento dell'atto viene, invece, accolto essendo l'illegittimità costituita dall'aver affidato la valutazione comparativa alla medesima Commissione¹⁰⁴.

101 T.A.R. Puglia (Bari), sez. I, 10 gennaio 2007, n. 47

102 Cons. St. sez. VI, 11 marzo 2008, n. 1039

103 T.A.R. Puglia (Bari), sez. III, 13 luglio 2009, n. 1832

104 T.A.R. Puglia (Bari), sez. III, 22 marzo 2011, n. 44

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

Contro quest'ultima sentenza, l'Università ed il controinteressato, propongono appello. Infine, vista l'intricata vicenda, il Consiglio di Stato, previa riunione dei vari appelli, rimette con ordinanza collegiale¹⁰⁵ la questione all'Adunanza plenaria affinché decida in ordine al problema del corretto esercizio degli strumenti di tutela, nel caso di riesercizio del potere amministrativo successivo all'annullamento dell'atto.

a) Natura ed oggetto

Dall'esame della pronuncia dell'Adunanza Plenaria si può notare che essa si sofferma, in un primo momento, a delineare la natura del giudizio di ottemperanza facendo riferimento agli indirizzi giurisprudenziali più recenti e soprattutto alle previsioni normative del Codice. Il Consiglio di Stato conferma la natura mista del giudizio poiché esso presenta sia profili di mera esecuzione che profili di cognizione. Ciò è quanto risulta dalla lettura della disciplina codicistica, laddove si prevede che l'azione di ottemperanza possa essere esercitata per ottenere una molteplicità di risultati proprio in ragione della necessità di dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale previsto all'art. 24 della Costituzione. In particolare, osserva l'Adunanza, l'art. 112 c.p.a. consente la proposizione del giudizio di ottemperanza per:

a) l'attuazione delle sentenze o altri provvedimenti ad esse equiparati, del giudice amministrativo o di altro giudice diverso da questi, con esclusione delle sentenze della Corte dei Conti e del giudice tributario o, più in generale, di quei provvedimenti di giudici diversi dal giudice

¹⁰⁵ Cons. St. sez. VI, ord. 5 aprile 2012, n. 2024

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

amministrativo “per i quali sia previsto il rimedio dell’ottemperanza”¹⁰⁶. In questa ipotesi tradizionale, secondo il Consiglio, la natura dell’azione non può essere ricondotta, per opinione generale, a mera azione di esecuzione;

b) la condanna “al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza”¹⁰⁷. In questo caso l’azione di condanna è attratta dal giudizio di ottemperanza, dato che le somme ulteriori, al pagamento delle quali l’amministrazione è tenuta, hanno natura di obbligazioni accessorie di obbligazioni principali, in ordine alle quali si è già pronunciata una precedente sentenza o provvedimento equiparato;

c) il “risarcimento dei danni connessi all’impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato”¹⁰⁸. Tale azione, definita risarcitoria dal Codice, non è rivolta all’attuazione di una precedente sentenza o provvedimento equiparato. Si tratta, secondo le parole del Consiglio, di una nuova azione, esperibile proprio perché non è stata eseguita la sentenza realizzata. La competenza a giudicare, per ragioni di economia processuale e di effettività della tutela giurisdizionale, spetta al giudice dell’ottemperanza;

d) la nullità di eventuali atti emanati in violazione o elusione del giudicato¹⁰⁹. La dichiarazione è volta al fine di ottenere sia l’attuazione della sentenza passata in giudicato, sia il risarcimento dei danni connessi alla violazione o elusione del giudicato. Inoltre, i danni possono derivare sia dal ritardo nell’attuazione del giudicato, sia direttamente dallo stesso provvedimento nullo, una volta verificata la

106 Art. 112, c. 2, c.p.a.

107 Art. 112, c. 3, c.p.a.

108 Art. 112, c. 3, c.p.a.

109 Art. 114, c. 4, c.p.a.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

lesione della situazione giuridica soggettiva.

A tale elenco, il giudice aggiunge l'ottemperanza di chiarimenti¹¹⁰, la quale non può, per le sue peculiari caratteristiche, essere ricondotta ad un'azione di esecuzione ma si sostanzia nell'esercizio di una giurisdizione cognitoria.

Dalla "polisemicità"¹¹¹ del giudizio, l'Adunanza ne fa conseguire il ruolo di "giudice naturale della conformazione dell'attività successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto". Con tale affermazione, i giudici prospettano un oggetto del giudizio molto ampio, facendovi rientrare tutte le questioni strettamente connesse al rapporto definito dalla sentenza di annullamento che sorgono successivamente alla sua emanazione¹¹².

L'opinione dell'Adunanza Plenaria che vede il giudizio di ottemperanza come giudizio avente natura mista, di esecuzione e cognizione, è la stessa sostenuta dalla prevalente giurisprudenza. Una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹¹³, nell'accogliere il ricorso per l'ottemperanza della sentenza che annulla un permesso di costruire, si sofferma sulla natura, limiti e portata del giudizio stesso. La vicenda trae origine dall'impugnazione, da parte di un Condominio, del permesso di costruire rilasciato dal Comune alla s.r.l. Igea 98 per la realizzazione di un fabbricato su un'area limitrofa a quella del Condominio. Il ricorrente, denunciando vari vizi di illegittimità, vede accolto il proprio ricorso in sede di appello con conseguente

110 Art. 112. c.5, c.p.a.

111 N. Spadaro, Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza, Foro Amm., Cons. di St., 2013, p. 1865

112 A.F. Delitala, Il giudice dell'ottemperanza come "giudice naturale dell'esecuzione della sentenza", Foro Amm. Cons. di St., 2013, p. 1846

113 Cons. St. sez. IV, 6 aprile 2016, nr. 1348

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

annullamento del permesso di costruire¹¹⁴. Tuttavia, il Comune rimane inerte anche in seguito alla notifica di varie diffide con cui il Condominio chiede la demolizione del fabbricato realizzato in virtù del titolo edilizio annullato. L'unica strada percorribile rimane il ricorso per ottemperanza. Il Condominio esercita l'azione di esecuzione rilevando la mancata conformazione dell'amministrazione alla sentenza passata in giudicato e chiede al giudice dell'ottemperanza l'adozione dei provvedimenti necessari alla demolizione del fabbricato abusivo ed altresì il risarcimento dei danni per mancata esecuzione in forma specifica. La controparte eccepisce l'inammissibilità del ricorso in quanto all'annullamento del permesso di costruire non conseguirebbe in automatico la rimessione in pristino dello stato dei luoghi. Questo perché l'amministrazione avrebbe spazio per rieditare il suo potere mediante la ricerca di soluzioni alternative. Il giudice rileva che il giudizio di ottemperanza si configura come giudizio misto, di cognizione ed esecuzione. Esso è volto ad accertare, in primo luogo, se la pubblica amministrazione abbia o meno eseguito il decisum della sentenza da ottemperare. L'ottemperanza si sostanzia nell'obbligo di adempiere alle statuizioni del giudice di legittimità ed in particolare a dare attuazione agli effetti conformativi e ripristinatori della sentenza. Tutto ciò per soddisfare l'interesse del ricorrente riconosciuto in sede di cognizione. In questo caso, afferma il Consiglio, l'interesse del Condominio trova soddisfazione con la rimessione in pristino dello stato dei luoghi precedente alla realizzazione dell'immobile. Conseguentemente, l'amministrazione deve adottare gli atti necessari per far ottenere il soddisfacimento del bene della vita al ricorrente. Non viene accolta l'argomentazione della parte resistente per cui all'amministrazione resta spazio per la riedizione del potere attraverso

114 Cons. St. sez IV, 18 aprile 2013, n. 2160

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

la sostituzione del permesso annullato con un titolo esente da vizi in quanto l'atto è nullo fin dall'origine, a causa di gravi vizi che non lasciano margini di sanabilità dello stesso. In conclusione, il giudice ordina al Comune di dare esecuzione alla sentenza e nomina un Commissario ad acta, che vi si sostituisce, nel caso di ulteriore inerzia dell'amministrazione.

Sempre per quanto concerne l'oggetto del giudizio, in particolare i limiti dello stesso, si veda un recente intervento del Consiglio di Stato¹¹⁵ con cui viene dichiarata l'inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza della sentenza che ha riconosciuto il diritto alla liquidazione del risarcimento dei danni ma non alla corresponsione degli accessori dello stesso¹¹⁶; la ricorrente, esercente servizi pubblici di linea, ricorre al giudice dell'ottemperanza per chiarimenti ex art. 112, c. 5, c.p.a., lamentando che il Comune di Scarlino non voglia computare nel pagamento del risarcimento dei danni la rivalutazione monetaria e gli interessi maturati. Secondo la ricorrente, quest'ultimi, anche se non esplicitamente richiesti devono ritenersi compresi nel petitum della domanda risarcitoria e nella pronuncia di accoglimento, anche se non menzionati nel dispositivo. Il giudice dell'ottemperanza rileva che oggetto del giudizio è la puntuale verifica dell'esatto adempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato al fine di far ottenere il bene o l'utilità riconosciuti in sede di cognizione. Ciò implica una puntuale attività di interpretazione del giudicato senza però travalicare il quadro giuridico emerso dalla sentenza da eseguire. Quindi, nel giudizio in esame, non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore, in questo caso il diritto agli accessori, rispetto a quello confermato dalla sentenza ottemperata. Infatti, il Consiglio di

115 Cons. St. sez. V, 14 aprile 2016, n. 1497

116 Cons. St. sez. V, 22 gennaio 2015, n. 248

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

Stato ha varie volte affermato che se il giudicato non contiene la condanna al pagamento degli accessori, l'amministrazione non ha alcun obbligo di corresponsione. Il sindacato su tale domanda, implicando la risoluzione di varie questioni di natura cognitoria, è riservato al giudice di tale fase. L'assunto viene confermato dal Codice, poiché ex art. 112, c. 3 nel giudizio di ottemperanza possono essere richiesti solo gli accessori del credito maturati dopo la sentenza, quindi siamo di fronte a diritti relativi ad una domanda già oggetto di sindacato in sede cognitoria.

Sui confini dell'oggetto del giudizio in commento è intervenuto altresì il T.A.R. di Salerno¹¹⁷, affermando che non sussiste inottemperanza quando la sentenza è inidonea ad attribuire direttamente il bene della vita, residuando, in questo modo, spazio alla discrezionalità amministrativa. Nell'ambito di una pratica di condono, il T.A.R. annulla¹¹⁸, per soli vizi formali inerenti alla comunicazione di avvio del procedimento, il decreto con cui la Soprintendenza, esprimendo il parere di sua competenza, nega l'autorizzazione paesaggistica necessaria. L'ufficio Condoni del Comune sollecita, in seguito all'annullamento, un nuovo apprezzamento da parte dell'autorità competente a rilasciare il parere. La Soprintendenza, in risposta, comunica che le valutazioni negative restano invariate poiché l'atto era stato annullato per soli vizi formali, aggiungendo che lo stato dei luoghi, nel frattempo, risultava mutato a causa di costruzioni esorbitanti l'originaria richiesta di condono. Il Comune, dando notizia del procedimento al ricorrente si riserva la possibilità di emanare qualsiasi provvedimento consequenziale ed alternativo tra il rilascio del condono oppure l'irrogazione delle sanzioni per gli abusi commessi

117 T.A.R. Salerno, sez. II, 11 settembre, 2015, n. 1850

118 T.A.R. Salerno, sez. II, 13 dicembre 2013, n. 2477

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

in seguito all'istanza di condono. Il ricorrente agisce per l'ottemperanza della sentenza di annullamento affermando che il Comune ha violato l'obbligo, scaturente dal giudicato, di emanare un provvedimento favorevole all'esito del procedimento. Chiede inoltre, la dichiarazione di nullità delle precedenti determinazioni. Il T.A.R. rigetta il ricorso per infondatezza dello stesso poiché l'annullamento del decreto sfavorevole, non preclude l'adozione di successivi atti, peraltro in un contesto di fatto mutato. Ciò significa che non siamo di fronte ad un'inottemperanza quando la sentenza da eseguire, per sua natura e soprattutto per i confini del suo giudicato, non attribuisce direttamente l'utilità all'interessato. Resta così possibile che il procedimento si concluda in modo negativo in base alle valutazioni effettuate dall'amministrazione.

Un ulteriore limite all'esperibilità dell'azione di ottemperanza deriva dal tipo di effetti prodotti dalla sentenza o provvedimento per cui si chiede l'esecuzione. In particolare, non può essere azionato il rimedio in questione nel caso di sentenze c.d. autoesecutive od autoapplicative. In una sentenza del 2013¹¹⁹, il T.A.R. Lazio opera una interessante ricostruzione dei caratteri distintivi delle sentenze che annullano provvedimenti lesivi di interessi legittimi oppositivi o pretensivi. All'origine della controversia vi sono il diniego di un'istanza all'autorizzazione comunale di occupazione di suolo pubblico e successive determinazioni dirigenziali di diffida nel persistere nell'occupazione abusiva del suolo e di sospensione dall'attività commerciale. Tali atti sono stati emanati dal Comune di Roma nei confronti di un esercizio commerciale di somministrazione alimenti e bevande. La ricorrente, titolare dell'esercizio pubblico, impugna tali provvedimenti ed il T.A.R., previa riunione dei ricorsi, annulla il

119 T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, 17 dicembre 2013, n. 10910

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

diniego dell'istanza di occupazione di suolo pubblico per illegittimità derivante da difetto di motivazione. Accoglie, inoltre, anche il ricorso relativo ai successivi atti di diffida e sospensione dell'attività commerciale. In seguito, il privato esercente, aziona il rimedio dell'ottemperanza affermando che il Comune, per dare corretta esecuzione alla sentenza passata in giudicato, avrebbe dovuto concedere l'occupazione permanente del suolo essendo stata accertata dal giudice l'illegittimità dell'atto di diniego e la correttezza e completezza dei progetti allegati dal privato. Secondo il ricorrente, infatti, l'amministrazione dovrebbe riesercitare il potere non più in base all'astratta normativa attributiva dello stesso ma in base alla regola del caso concreto individuata dal giudice di cognizione. Il giudice dell'ottemperanza ritiene infondato il ricorso e lo rigetta per due motivazioni diverse. La parte del ricorso riguardante l'annullamento del diniego di occupazione di suolo pubblico ha ad oggetto la tutela di interessi pretensivi. Ciò determina l'obbligo dell'amministrazione a riprovvedere sul rapporto. Tuttavia, nel caso di specie, dall'annullamento degli atti lesivi non deriva, come effetto diretto, l'attribuzione del bene o utilità richiesti dall'interessato. Questo, perché il giudice di legittimità ha annullato l'atto per difetto di motivazione ma non ha effettuato un accertamento della spettanza del bene della vita. Il riferimento a quest'ultimo è avvenuto in via incidentale, pertanto su di esso non si è potuto formare il giudicato. Il Comune, nel corretto modo di dare esecuzione alla sentenza, avrebbe dovuto riprovvedere nel pieno esercizio del suo potere con una più adeguata motivazione, senza essere vincolato nell'attribuire l'autorizzazione all'occupazione. Il ricorso è comunque infondato poiché provvedimenti successivi alla pubblicazione della sentenza hanno disciplinato ex novo il rapporto controverso determinando il sopravvenuto mutamento delle circostanze di fatto e di diritto. La seconda parte del ricorso,

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

concernente l'esecuzione del giudicato formatosi sull'illegittimità delle determinazioni dirigenziali di diffida di occupazione abusiva del suolo e sospensione dell'attività commerciale, non viene accolto dal giudice dell'esecuzione poiché si tratta di sentenza autoesecutiva.

L'eliminazione di tali provvedimenti è avvenuta per tutelare interessi legittimi oppositivi ed il solo annullamento è di solito idoneo a soddisfare l'interesse del ricorrente, senza necessità di ulteriore attività amministrativa.

In sintesi, l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza consolidata conferma che l'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato dalla puntuale verifica dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato per far conseguire all'interessato il soddisfacimento della situazione giuridica soggettiva riconosciuta in sede di cognizione¹²⁰. La verifica, dando vita ad un'attività di interpretazione del giudicato, deve svolgersi nel medesimo quadro processuale valutato in sede di legittimità, costituendo così il giudicato limite alla cognizione del giudice dell'ottemperanza¹²¹. Pertanto, nel giudizio non possono essere esaminate domande non contenute nella sentenza da eseguire e non possono essere riconosciuti diritti nuovi ed ulteriori anche se conseguenti a quelli accertati nel giudizio di cognizione¹²². Inoltre, è inammissibile l'azione di ottemperanza avente ad oggetto l'esecuzione di sentenze autoapplicative poiché essa presuppone che la sentenza contenga, anche implicitamente, ulteriori statuizioni da cui derivi l'obbligo per l'amministrazione di compiere successive attività al fine di attribuire all'interessato l'effettiva tutela¹²³.

120 Alcune sentenze confermate: Cons. St. sez. V, 30 agosto 2013, n. 4322; Cons. St. sez. V, 23 novembre 2007, n. 6018.

121 Cons. St. sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607; Cons. St. sez. IV, 19 marzo 2014, n. 1344

122 Cons. St. sez. V, 24 gennaio 2013, n. 462

123 Tra le altre, Cons. St. sez. V, 9 ottobre 2006, n. 5995; T.A.R. Toscana (Firenze), pag. 87

b) Riedizione del potere amministrativo, violazione ed elusione del giudicato

Il tema centrale affrontato dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia 2/2013 si pone in relazione con uno dei punti più controversi del giudizio di ottemperanza, ossia la riedizione del potere amministrativo. Affinché il giudicato assicuri una tutela piena ed effettiva è spesso necessaria la collaborazione dell'amministrazione nella sua esecuzione¹²⁴. L'Adunanza, nel rigettare la tesi per cui sarebbe preclusa all'amministrazione qualsiasi nuova ed ulteriore attività su fatti già valutati in sede giurisdizionale, afferma che “non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice”, in linea con i principi di autonomia e responsabilità dell'amministrazione. Il potere amministrativo non si esaurisce in seguito ad una sentenza di annullamento ma è limitato e vincolato dalla pronuncia stessa. I giudici fanno riferimento a due tipi di vincoli a cui esso è sottoposto. Innanzitutto, l'accertamento dei fatti, sempre più pieno, nel giudizio di legittimità condiziona la successiva attività amministrativa. Il giudice amministrativo può, infatti, accertare in modo definitivo l'esistenza dei presupposti relativi alla pretesa del ricorrente. Inoltre, la pubblica amministrazione è tenuta a dare esecuzione ai provvedimenti del giudice nel rispetto dei principi di lealtà ed imparzialità espressamente previsti dall'art. 97 Cost. Ciò significa che la nuova valutazione operata dall'amministrazione dovrà dimostrare la grave erroneità della

sez. II, 30 luglio 2012, n. 1401; T.A.R. Roma (Lazio), sez. I, 5 novembre 2013, n. 9403

124 A. Delitala, Il giudice dell'ottemperanza come “giudice naturale dell'esecuzione della sentenza”, op. cit.

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

precedente con una solida motivazione per non incorrere in esercizio scorretto e contraddittorio di attività amministrativa.

La nuova attività amministrativa viene distinta dall'Adunanza in base alle censure sollevate dal ricorrente. Nel caso in cui si tratti di provvedimenti viziati per ragioni estranee al giudicato, la competenza spetta al giudice di legittimità mentre, degli atti la cui illegittimità deriva dal contrasto con il dettame del giudice - atti elusivi e violativi del giudicato - conosce il giudice dell'ottemperanza ex art. 112 c. . Tuttavia, nei casi dubbi, per evitare il fenomeno della duplicazione dei processi e favorire l'esigenza di economia processuale, entrambe le domande possono essere proposte al giudice dell'ottemperanza. Questo procederà a qualificare esattamente il tipo di azione e, se ritiene che si tratti di vizio di illegittimità autonomo dal giudicato, ne disporrà la conversione in ordinaria azione di legittimità e la riassunzione del giudizio di fronte al giudice competente ex art. 32, c. 2, c.p.a. Nel caso in cui qualifichi l'atto violativo od elusivo del giudicato provvederà a dichiararlo nullo nell'ambito dei poteri conferiti nel giudizio di ottemperanza. Nell'esercitare l'attività di qualificazione dell'azione, il giudice ha il compito di individuare il preciso ambito coperto dal giudicato. Per quanto riguarda la natura del giudicato, il Consiglio di Stato afferma che esso ha natura complessa poiché avente effetti demolitori, ripristinatori ma soprattutto conformativi. Gli effetti conformativi si sostanziano in limiti per la successiva attività amministrativa.

In seguito, l'Adunanza, ripercorre l'indirizzo sostenuto dal collegio rimettente, il quale compie una esemplificazione per categorie generali al fine di enucleare il criterio distintivo fra violazione o elusione del giudicato e nuovo vizio autonomo. Si sostiene che laddove il giudicato annulli il provvedimento per soli vizi formali, vi residua uno spazio pieno per la successiva attività amministrativa, fermo restando

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

l'obbligo di rimuovere tali illegittimità. L'impugnazione del provvedimento successivo sarà oggetto di sindacato dell'ordinario giudice di legittimità. Lo stesso accade in relazione al giudicato che si forma sul silenzio-inadempimento e che si limiti ad affermare l'obbligo di provvedere. Diversamente, se l'annullamento avviene per vizi sostanziali, la successiva attività sarà violativa od elusiva del giudicato quando utilizza nuovi criteri di valutazione su aspetti non indicati dal giudicato come richiedenti nuova valutazione. Nel caso concreto, la Commissione esaminatrice, attraverso una nuova motivazione che utilizzava un percorso logico differente, giungeva al medesimo precedente risultato, in contrasto con i vincoli imposti dal giudicato.

L'orientamento dell'Adunanza Plenaria sul rapporto tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione, in relazione alla riedizione del potere amministrativo, viene recepito dalla successiva giurisprudenza. Un esempio di accoglimento ed applicazione dei principi espressi dalla pronuncia del Supremo Consesso si rinviene nella decisione del T.A.R. Lazio n. 1802/2014¹²⁵. Il caso oggetto della controversia si sviluppa dalla sentenza di accoglimento del ricorso proposto da un magistrato contro un provvedimento del C.S.M.¹²⁶. Il ricorrente chiede l'annullamento di una determinazione con cui il C.S.M. aveva conferito l'incarico di procuratore aggiunto ad un altro magistrato in risultanza di una procedura concorsuale. Il ricorso viene accolto e confermato in sede di appello¹²⁷. Il magistrato, vincitore del giudizio, esercita l'azione di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato. Il giudice, nell'accogliere la domanda¹²⁸, ordina al C.S.M. di dare esecuzione alla sentenza in un termine prestabilito ed in caso di perdurante inerzia

125 T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802

126 T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 29 marzo 2011, n. 2750

127 Cons. St. sez. IV, 6 marzo 2012, n. 1264

128 T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 2 gennaio 2013, n. 3

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

nomina un Commissario ad acta che vi si sostituisca nell'adempimento dell'esecuzione. Il C.S.M. nei termini concessi, emette una delibera in adempimento del giudicato con la quale, in seguito al rinnovo del confronto comparativo tra i due candidati per l'incarico di procuratore aggiunto, riconferma l'originaria determinazione. Il giudice nuovamente pretermesso, sulla base dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria 2/2013, con unica domanda agisce in via principale in sede di ottemperanza lamentando la violazione ed elusione del giudicato ed in via subordinata chiede l'annullamento della delibera in sede di ordinario giudizio di legittimità. Nella sentenza del T.A.R. Lazio 1802/2014 vengono innanzitutto riepilogati i principi espressi dall'Adunanza Plenaria. Si afferma che nella fattispecie in esame è necessario trovare il corretto punto di equilibrio tra giudicato e riedizione del potere amministrativo. Premesso che, il giudizio di ottemperanza ha natura composita poiché vi trovano luogo varie azioni, esecutive e cognitive, aventi come presupposto comune una sentenza passata in giudicato, l'obiettivo del giudizio è quello di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. Dal quadro delineato, emerge la possibilità di riunire i ricorsi di ottemperanza e cognizione ordinaria, in quanto tutti i vizi connessi alla riedizione del potere amministrativo vanno dedotti di fronte a quello che è il giudice naturale dell'esecuzione, competente anche dell'esame della nullità dell'atto. Ne consegue il potere del giudice di qualificare correttamente le domande e, nel caso di azione ordinaria di annullamento, la possibilità di rimettere la causa all'autorità competente. L'unica condizione richiesta al ricorrente è che l'azione subordinata venga proposta nel termine decadenziale più breve previsto per il giudizio impugnatorio. Nel caso in esame, non potendosi escludere a priori un ulteriore esercizio del potere pubblico nell'esecuzione della sentenza, ci sono dei limiti alla riedizione dello

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

stesso. Questi, sono costituiti dall'accertamento giudiziale di determinati presupposti di fatto relativi alla pretesa del ricorrente e dal rispetto dei principi di lealtà ed imparzialità dell'agire pubblico. Il Consiglio di Stato, quindi, puntualizza che il C.S.M. è tenuto a riesaminare la pratica per dare esecuzione alla sentenza. Tuttavia, non vi sono vincoli nelle valutazioni di merito a cui il giudice non può sostituirsi, quindi, il risultato della nuova determinazione può essere identico a quello contenuto nell'atto annullato. Lo stesso risultato può essere conseguito in base ad un nuovo bilanciamento degli interessi pubblici e privati. Al giudice spetterà un rigoroso vaglio della motivazione del nuovo atto per accertare se si trova davanti ad un vizio di elusione o violazione del giudicato oppure ad una corretta gestione del potere pubblico. Il ricorso è rigettato, in quanto infondato, poiché la rivalutazione effettuata dal C.S.M si fonda su aspetti non accertati dal giudice, quindi non coperti da giudicato ed in quanto esercitata, per altri aspetti, sulla base di sopravvenuti elementi di diritto. La domanda subordinata viene convertita in azione ordinaria di legittimità e rimessa al giudice di cognizione.

Dall'analisi delle due sentenze, si può notare che la situazione antecedente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria si caratterizzava dall'incertezza per il ricorrente sul corretto modo di tutelarsi contro gli atti di riedizione del potere amministrativo. Si era formata, infatti, la prassi di introdurre un doppio giudizio, ordinario e di ottemperanza, per evitare il rischio di dichiarazione di inammissibilità derivante dall'errore nella scelta del mezzo di tutela. Il nuovo orientamento dell'Adunanza è sicuramente favorevole per il ricorrente, il quale può rivolgersi sempre al giudice di ottemperanza per far valere vizi relativi all'esercizio del potere pubblico successivo ad un accertamento giurisdizionale. Spetterà al giudice qualificare correttamente la domanda. Il problema che si pone, però, è di capire se la novità

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

introdotta dalla sentenza 2/2013 rappresenti una mera semplificazione procedurale oppure un vero passo in avanti verso una maggiore effettività della tutela giurisdizionale. La risposta dipende dal modo in cui è configurata, ad oggi, l'estensione del giudicato. L'ambito coperto dal giudicato costituisce preclusione nella riedizione del potere amministrativo e rappresenta, quindi, misura dell'effettività della tutela giurisdizionale¹²⁹. Secondo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 2/2013, in virtù di un principio generale, il giudicato copre il dedotto e deducibile. Non può, invece, estendersi a elementi di fatto o di diritto sopravvenuti per cui è sempre consentito all'amministrazione riesercitare il proprio potere in seguito ad una sentenza di annullamento. Tuttavia, per le peculiarità del processo amministrativo, l'ambito di preclusione del deducibile non è ben chiaro. È stato affermato che si produce un vincolo conformativo pieno in relazione all'azione di annullamento di un atto a contenuto vincolato; all'azione di adempimento con cui si domanda l'adozione del provvedimento richiesto; all'azione avverso il silenzio in presenza di attività vincolata o di attività che non richiede ulteriori adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione¹³⁰. Per quanto riguarda, invece, l'annullamento di atti che consentono l'esercizio di poteri discrezionali, l'Adunanza Plenaria ha aderito all'orientamento per cui vi è una minima preclusione del deducibile. Essa afferma che la pubblica amministrazione può rivalutare situazioni che, esplicitamente o implicitamente, sono state oggetto di esame giurisdizionale. Vi sono, tuttavia, dei vincoli; il primo limite è dato dall'accertamento dell'esistenza di determinati presupposti alla pretesa del ricorrente che vincolano senz'altro l'amministrazione nella nuova azione

129 M. Clarich, G. Urbano, L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario, *Giur. It.* 2014, p. 7

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

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

amministrativa; il secondo limite deriva dalla considerazione che sono consentite nuove valutazioni dei fatti ma soltanto se l'amministrazione dimostra nella motivazione la grave e palese erroneità del precedente giudizio e se sono espressione di una corretta gestione del potere pubblico. Quindi, il giudicato copre sicuramente i fatti oggetto di sindacato del giudice. Non preclude invece le valutazioni precedentemente effettuate dall'amministrazione perché su di esse il giudice compie solamente un sindacato estrinseco di non manifesta irragionevolezza¹³¹. Il problema si pone per i fatti soltanto implicitamente conosciuti dal giudice. L'Adunanza non ha chiarito bene tale punto e si possono prospettare due letture. Se si ritiene che oggetto del giudicato sono solamente i fatti esplicitamente valutati dal giudice, l'amministrazione nel compimento di nuova attività amministrativa potrebbe introdurre oltre che nuove valutazioni, quindi nuove ragioni giuridiche, anche nuovi fatti non considerati precedentemente. Se, invece, è coperto dal giudicato anche il quadro dei fatti deducibili, di cui il giudice conosce implicitamente, vi sarebbe una preclusione integrale sul piano dei fatti ed una libertà limitata sul piano delle nuove valutazioni. Dalla lettura della sentenza 2/2013, il Supremo Consesso, pare sostenere questa seconda interpretazione in quanto afferma che “la riedizione del potere si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice”.

È utile, però, analizzare in che modo la giurisprudenza successiva ha, in concreto, applicato le soluzioni individuate dall'Adunanza.

Recentemente sulla questione si è pronunciato il Consiglio di Stato

131 M. Trimarchi, Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/ 2013, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 393

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

adottando formalmente le conclusioni dell'Adunanza ma sostanzialmente facendo un passo indietro nella tutela del privato interessato¹³². La vicenda si sviluppa in seguito all'esclusione di una società da una procedura di gara per la carenza, nella documentazione, della dichiarazione di possesso di determinati requisiti dei suoi procuratori speciali. In seguito all'impugnazione dell'atto di esclusione, il T.A.R. ne pronuncia illegittimità in quanto la legge non prevede l'obbligo di presentare tale dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara pubblica e conferma la riammissione della società alla gara¹³³. L'amministrazione soccombente, con una successiva determinazione, esclude nuovamente la società per la mancata presentazione della dichiarazione di possesso di altri requisiti, rispetto al precedente atto di esclusione, di un membro del Consiglio di Amministrazione. La società agisce con l'azione di ottemperanza chiedendo l'accertamento della nullità della nuova determinazione per violazione o elusione del giudicato perché palesemente in contrasto con il precedente giudicato che ha attribuito il bene della vita richiesto, ossia la partecipazione alla gara. In via subordinata, richiede l'annullamento del provvedimento per autonomi vizi di legittimità. Il T.A.R. rigetta la domanda principale non ritenendo esistente il vizio di elusione o violazione del giudicato in virtù del fatto che l'atto si fonda su una motivazione oggettivamente diversa ed autonoma rispetto alla precedente¹³⁴. Contro tale sentenza, la società propone appello richiamando i principi espressi dalla pronuncia 2/2013 dell'Adunanza Plenaria. La ricorrente ricorda che la riedizione del potere amministrativo è sottoposta a limiti e vincoli e che l'amministrazione ha il divieto di modificare in senso peggiorativo le originarie valutazioni. Inoltre, richiama la giurisprudenza secondo

132 Cons. St. sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187

133 T.A.R. Calabria, sez. II, 6 febbraio 2013 n. 127

134 T.A.R. Calabria, sez. II, 7 febbraio 2014 n. 248

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

cui la rivalutazione deve rimanere circoscritta ai punti oggetto di specifiche statuizioni rimanendo intangibili gli aspetti non controversi¹³⁵. Infatti, in questo caso l'esclusione non è frutto di nuova documentazione ma dall'assenza di requisiti che la prima volta la Commissione aveva considerato esistenti. Il Consiglio di Stato conferma l'orientamento espresso dal T.A.R. in considerazione del fatto che il provvedimento è stato assunto nell'ambito di poteri che costituisce la sfera di autonomia e responsabilità dell'amministrazione sopravvivenza alla sentenza di annullamento. Infatti, l'amministrazione può riesercitare il suo potere, arrivando alle medesime conclusioni, ponendo a sostegno nuovi fatti, non esaminati dal giudice. Il limite è dato dal numero di volte in cui è possibile riesercitare il potere. L'amministrazione dovrà ripetere l'azione amministrativa una sola volta, sollevando tutte le questioni rilevanti. In seguito non potrà più tornare a decidere in modo sfavorevole neanche sulla base di fatti non valutati precedentemente. Il Consiglio di Stato conclude rigettando la domanda poiché l'esclusione è data da circostanza diversa da quella coperta dal giudicato.

In definitiva, nel caso in esame, l'amministrazione ha effettuato la riedizione del potere basandosi su un elemento di fatto preesistente, oggetto di accertamento implicito. I giudici escludono l'elusione o violazione perché la motivazione del provvedimento è diversa dalla precedente. Mancano, però, di indagare sulla qualificazione dei nuovi elementi considerati dall'amministrazione. Riportando solo formalmente i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, diminuiscono la tutela del privato. Così, l'amministrazione ha il potere di rinnovare non solo le valutazioni discrezionali già effettuate ma anche ampliare

135 Cons. St. sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5727; Cons. St. sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 275

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

l'insieme della situazione fattuale considerata attraverso l'introduzione di quei fatti preesistenti non soggetti al sindacato diretto del giudice¹³⁶.

Affrontando il tema del possibile “esaurimento” del potere-dovere di conformarsi al giudicato della

pubblica amministrazione, secondo una delle molteplici pronunce¹³⁷

del Consiglio di Stato, costituisce “ius receptum in giurisprudenza il

principio che impone all'amministrazione, dopo un giudicato di

annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di

nuovo, di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta

per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non

potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a

profili non ancora esaminati”¹³⁸. Nel caso sottoposto all'esame del

giudice amministrativo, dopo l'annullamento di un provvedimento di

diniego di costruzione per la realizzazione di un complesso

residenziale, la società ricorrente agisce per ottenere l'esecuzione della

sentenza lamentando l'inerzia dell'amministrazione comunale. Il

T.A.R. accoglie il ricorso affermando che l'effetto conformativo della

sentenza di annullamento consiste principalmente nella necessità che il

Comune riesamini la domanda di rilascio del titolo. Puntualizza, però,

le modalità di esecuzione in quanto la sentenza di annullamento ha

avuto ad oggetto un diniego di costruzione pronunciato già in

esecuzione di un altro giudicato precedente. Infatti, dopo il primo

giudicato, l'amministrazione può tornare a riesercitare l'azione ma ha il

dovere di esaminare l'affare nella sua interezza. Mentre la seconda

136 M. Trimarchi, Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/ 2013, op. cit.

137 Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4978; Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187; Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018; Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539; Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134.

138 T.A.R Napoli (Campania), sez. II, 14 gennaio 2015, n. 220

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

volta che da esecuzione al giudicato non potrà esaminare questioni nuove, non affrontate prima, per decidere in modo sfavorevole all'interessato.

Esaminando più nel dettaglio, è opportuno verificare cosa si intenda per violazione o elusione del giudicato. Per giurisprudenza costante si ha violazione di giudicato quando il nuovo atto emanato dall'amministrazione riproduce i medesimi vizi già censurati oppure si pone in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla precedente statuizione del giudice, mentre si configura la fattispecie dell'elusione del giudicato laddove l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione al giudicato, tende sostanzialmente a aggirarlo in modo da pervenire allo stesso esito, oggetto del precedente annullamento. Una conferma si rinviene nella sentenza 4604/2015 del Consiglio di Stato¹³⁹. In seguito all'impugnazione del diniego della richiesta di contributi per danni subiti a causa di eventi alluvionali per insufficiente motivazione, la Regione Marche nell'eseguire la sentenza nega nuovamente il contributo al titolare di un impianto industriale. Quest'ultimo propone ricorso per l'ottemperanza della sentenza ed azione di nullità per violazione o elusione del giudicato. Il Consiglio di Stato esclude la sussistenza di tali vizi. Affinché si possa parlare di violazione o elusione del giudicato è necessario che l'amministrazione eserciti lo stesso potere pubblico, già esercitato precedentemente, contrastante con i vincoli imposti dal giudicato. Oppure ancora, attività caratterizzata da manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle precise prescrizioni stabilite dal giudicato. Ciò significa che presupposto per l'esistenza di tali vizi è l'esistenza di un vincolo conformativo preciso e dettagliato. Non è configurabile la

139 Cons. St. sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4604

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

violazione od elusione del giudicato qualora la pronuncia comporti margini liberi di discrezionalità, in virtù dei quali l'amministrazione può valutare un nuovo assetto di interessi più congruo alle finalità perseguite. Nel caso di specie, la sentenza di annullamento per difetto di motivazione non riconosce alcuna spettanza del bene della vita, oltre al riesame della richiesta e conseguente congrua motivazione. Pertanto, il riesercizio del potere non è vincolato in senso favorevole per il ricorrente. La domanda viene, così, respinta.

Un altro caso, oggetto di sindacato giurisdizionale, si caratterizza per un più ampio effetto conformativo scaturente dal giudicato¹⁴⁰. La situazione si sviluppa a partire da un ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto da un Generale di Brigata della Guardia di Finanza contro il provvedimento di esclusione alla procedura per l'avanzamento di carriera. Il ricorrente è arrivato settimo sui quattro posti disponibili. Il Consiglio di Stato, in funzione consultiva, emana parere favorevole all'accoglimento del ricorso affermando che il Generale meriti un punteggio non inferiore al candidato arrivato al quarto posto in graduatoria¹⁴¹. Il parere viene recepito dal Capo dello Stato con decreto¹⁴². La commissione incaricata alla procedura per l'avanzamento di carriera, in esecuzione della decisione, rinnova la valutazione assegnando al ricorrente il medesimo punteggio e la medesima posizione in graduatoria prevista nella determinazione annullata dal Capo dello Stato. Il generale chiede l'ottemperanza per violazione o elusione della decisione. L'amministrazione, resistente in giudizio, evidenzia l'inammissibilità dell'azione in quanto per la nuova valutazione ha fornito una più ampia e puntuale motivazione. Inoltre,

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

141 Cons. St. Ad. Sez. III, 7 luglio 2009, n. 6042

142 Decreto del 27 luglio 2011

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

la sentenza sarebbe comunque insuscettibile di vincolare l'amministrazione ad un preciso esito. La ponderazione del punteggio rientrerebbe nell'ambito dell'insindacabile discrezionalità amministrativa. Il Consiglio di Stato non accoglie le difese dell'amministrazione e ritiene ammissibile il ricorso. Il problema centrale, che evidenzia il giudice, è quello dei limiti della giurisdizione amministrativa rispetto all'ambito di discrezionalità tecnica riservato all'amministrazione. Il residuo potere dell'amministrazione, se non esaurito dalla decisione come nel caso di attività vincolata, prevede spazi liberi. I margini di libertà dell'amministrazione consentono nuova attività che, però, deve avvenire nel rispetto degli effetti conformativi derivanti dal giudicato. L'accertamento dei vizi di elusione o violazione del giudicato deve avvenire con i parametri del giudizio di legittimità. Solo se tale accertamento è positivo il giudice potrà esercitare gli ampi poteri della giurisdizione di merito, tra cui la possibilità di sostituirsi all'amministrazione per l'esecuzione del giudicato. Quindi, in un primo momento, il giudice svolge solo attività esegetica del giudicato e, soltanto in seguito, passa all'esame del merito. Per ciò che concerne il perimetro degli effetti conformativi, si preferisce aderire all'opzione per cui non possa vincolare l'amministrazione ad un determinato esito poiché rientrante nell'area di insindacabilità. Sarà quindi inammissibile il ricorso con cui il ricorrente chieda l'utile collocazione in graduatoria. Il Consiglio prosegue, affermando che questi sono i principi generali che, però, devono confrontarsi con le peculiarità del caso concreto. La decisione del Capo dello Stato non lascia dubbi sulla sua analiticità e puntualità. L'attribuzione di un punteggio minore, rispetto al quarto classificato, costituisce violazione del giudicato. Il giudice conclude con l'accoglimento del ricorso affermando che può, a questo punto, essere esercitata la giurisdizione di merito che non pone, in astratto, un

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

problema di invasione dell'area riservata all'amministrazione.

Dall'ultima sentenza esaminata si può notare che l'effettività della tutela giurisdizionale dipende in larga parte dall'ampiezza dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento. Il giudice di legittimità, attraverso la motivazione della sentenza, ha la possibilità di incidere in modo più o meno ampio sul potere di riedizione della pubblica amministrazione. Più detterà dettagliatamente le modalità attuative, cui l'amministrazione deve adeguarsi, più il giudice di ottemperanza avrà spazio di intervenire dichiarando la violazione o elusione del giudicato ed eseguendo la sentenza. Se invece, il giudice di legittimità si limita a prescrivere modalità conformative generali, gli spazi liberi dell'amministrazione saranno sempre ampi, con conseguente diminuzione della tutela effettiva del cittadino.

c) Giudice dell'ottemperanza e Commissario ad acta

Parallelamente ai poteri di riedizione dell'attività amministrativa successiva al giudicato, è utile soffermarsi sui poteri spettanti al giudice dell'ottemperanza ed al Commissario ad acta, soprattutto in relazione alla loro concreta esplicazione nella giurisprudenza amministrativa.

Un quadro generale dell'argomento può rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Il giudice in questione ha, infatti, la competenza ad esercitare un controllo sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato. Tale controllo è limitato all'accertamento dello sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione amministrativa. Le

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

Sezioni Unite, in una recente pronuncia¹⁴³, ricordano che, in generale, al giudice è vietato invadere il campo di attività riservato alla pubblica amministrazione, ad esempio attraverso atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione. La Corte continua, però, precisando che la speciale giurisdizione di ottemperanza, affidata al giudice amministrativo, ha caratteri peculiari in virtù dei quali, l'ingerenza del giudice nel merito dell'attività della pubblica amministrazione è pienamente ammissibile. Al giudice dell'ottemperanza è espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito ex artt. 7, c. 6 c.p.a. e 134 c.p.a. Ne consegue la possibilità di procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento oppure di sostituirsi all'amministrazione anche attraverso la nomina di un Commissario ad acta. Non è, quindi, configurabile un eccesso di potere giurisdizionale laddove, una volta rilevata l'elusione o violazione del giudicato, il giudice adotti oppure ordini di adottare i provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe già dovuto emanare. Nonostante ciò, il sindacato della Corte di Cassazione può essere rilevante quando il giudice abbia ecceduto i limiti entro i quali tale potere gli compete. Nel caso in esame, il giudicato si era formato in relazione ad una procedura concorsuale non più espletabile per sopravvenuti elementi di fatto, successivi al giudicato medesimo (morte o pensionamento di tutti i candidati). La Corte afferma che la pubblica amministrazione non ha più la possibilità di ottemperare al giudicato rinnovando la procedura concorsuale. Quest'ultima, infatti, avrebbe solo natura virtuale non potendo più condurre all'effettivo conferimento dell'incarico a nessuno dei candidati originari. Si configura, pertanto, un eccesso di potere

143 Cass. Civ., Sez. Unite, 9 novembre 2011, n. 23302

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

giurisdizionale del giudice dell'ottemperanza che imponga l'esecuzione a un giudicato ormai impossibile, in quanto porterebbe alla trasformazione dell'oggetto del giudizio ed allo stravolgimento della sua natura.

In generale, la giurisprudenza ritiene che il giudice dell'ottemperanza possa esercitare sia poteri ordinatori che sostitutori e cassatori. Di conseguenza, egli può integrare l'originaria previsione della sentenza con statuizioni che costituiscono attuazione e non mera esecuzione, dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva. Il giudice non ha però, la facoltà di ampliare o modificare quanto deciso nella sentenza da ottemperare¹⁴⁴. Dei poteri di integrazione del giudice si ha un esempio nella sentenza del T.A.R. Palermo del 2013¹⁴⁵. Il ricorrente, Vice Prefetto della Prefettura di Trapani fino al 2006, esperisce azione di ottemperanza per l'esatta esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza con cui il T.A.R.¹⁴⁶ aveva dichiarato l'obbligo dell'I.N.P.S. a rideterminare l'importo della buonuscita e condannato l'ente a corrispondere la maggior somma dovuta. Il ricorrente formula, altresì, istanza istruttoria al fine di ottenere la qualificazione delle somme spettanti, oltre che sulla base della retribuzione prevista per la qualifica superiore anche sulla base dell'indennità di posizione e di istituto. L'I.N.P.S. eccepisce l'inammissibilità della domanda volta a stabilire la base di computo per la riliquidazione dell'indennità di buonuscita in quanto esorbitante dai poteri del giudice dell'ottemperanza. Il T.A.R., innanzitutto, premette che il giudizio di ottemperanza presenta natura mista potendosi atteggiare sia come azione di mera esecuzione sia come giudizio di cognizione misto a

144 Cons. St. sez. V, 16 aprile 2014, n. 1937

145 T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1881

146 T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. I, 2012, n. 864

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

quello di esecuzione. In quest'ultimo caso, al giudice compete integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni costituenti concreta attuazione che danno luogo alla c.d. giudicato a formazione progressiva. Inoltre, al giudice spetta risolvere eventuali problemi di interpretazione ed integrazione devoluti alla sua giurisdizione. La natura mista del giudizio è confermata dagli artt. 112 e seg. c.p.a. Nel caso in esame, la questione da risolvere è la base di calcolo da considerare per la liquidazione dell'indennità di buonuscita, il cui diritto è stato riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato.

L'I.N.P.S., infatti, intende dare esecuzione alla sentenza escludendo dalla base di calcolo sia l'indennità di posizione che quella di istituto.

In conclusione, il giudice ritiene fondato il ricorso poiché la legge prevede come elementi essenziali della base di calcolo anche

l'indennità di posizione e di istituto. Dato che al giudice dell'ottemperanza compete la possibilità di integrare il giudicato, il Collegio condanna l'amministrazione a rideterminare l'importo sulla base della retribuzione prevista per la qualifica superiore, incluse le indennità sopradette nella base di calcolo.

Il giudice, quindi, pur potendo integrare ed interpretare le previsioni della sentenza da ottemperare, incontra dei limiti derivanti, in primo luogo, dalle materie devolute alla sua giurisdizione e, in secondo luogo, dal carattere stabile o meno delle sentenze del giudice amministrativo da eseguire.

Per quanto riguarda il primo limite, emblematica, a tal proposito, è una recente decisione del T.A.R. Palermo¹⁴⁷. Il ricorrente agisce per l'ottemperanza del giudicato formatosi sulla sentenza del giudice civile con la quale era stata dichiarata l'efficacia del contratto di prestazione d'opera professionale, relativo alla progettazione e redazione del piano

147 T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. III, 21 luglio 2015, n. 1787

urbanistico generale stipulato dal ricorrente stesso con il Comune di Cerda. Egli chiede, in attuazione della sentenza, ad essere reintegrato nell'incarico con conseguente rimodulazione dei termini previsti per l'adempimento della prestazione. Il giudice dell'ottemperanza dichiara inammissibile il ricorso poiché la pretesa del ricorrente mira ad ottenere una integrazione del contenuto del giudicato del giudice civile, non consentita al giudice dell'ottemperanza. Ricorda, la Corte, che l'ottemperanza relativa al giudicato del giudice amministrativo consente al giudice di integrare le statuizioni della sentenza per adeguare la situazione al dictum rimasto ineseguito, nell'ambito degli ampi poteri attribuiti al giudice stesso, tipici della giurisdizione estesa al merito. Costituisce, però, limite esterno della giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione della questione controversa attribuita ad altro giudice. In quest'ultimo caso, infatti, l'interpretazione del giudicato deve esercitarsi sulla base degli elementi interni dello stesso e non sulla base di elementi esterni, la cui valutazione rientra nella giurisdizione del giudice che ha emanato la sentenza. Ad esempio, continua il T.A.R., è sempre inammissibile l'azione di ottemperanza per una sentenza di condanna generica del giudice ordinario poiché, oltre a non costituire un valido titolo esecutivo, presuppone un accertamento nel merito del rapporto sottostante, non consentito al giudice amministrativo. Dato che, nel caso in esame, il ricorrente chiede una rimodulazione del decisum, necessaria per individuare le azioni da porre in essere per garantire l'esecuzione del contratto, il ricorso si risolve in un sindacato integrativo del contenuto precettivo del giudicato. Viene, quindi, dichiarato inammissibile.

Dello stesso avviso è il T.A.R. Catanzaro¹⁴⁸il quale nel dichiarare inammissibile il ricorso in ottemperanza alla sentenza del della Corte

148 T.A.R. Catanzaro (Calabria), sez. II, 5 marzo 2015, n. 473

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

di Appello di Catanzaro¹⁴⁹ afferma che il giudice amministrativo, chiamato a decidere un'azione di ottemperanza derivante da una sentenza del giudice ordinario, pur avendo una cognizione estesa al merito, deve limitarsi in questi casi, ad usare i poteri di stretta esecuzione. Infatti, poteri più ampi di attuazione, idonei a modificare il giudicato, inciderebbero su situazioni giuridiche estranee al suo ambito di giurisdizione. Nella fattispecie esaminata dal giudice, il ricorrente, dipendente comunale, lamenta l'inadempimento da parte del Comune di Rossano, della sentenza del giudice civile con cui veniva condannato il Comune a rinnovare la procedura valutativa per l'attribuzione di due posizioni organizzative. Pur avendo il Comune proceduto alla rinnovazione, il ricorrente chiede l'esecuzione della sentenza affinché il giudice gli attribuisca direttamente la posizione organizzativa in virtù di errori ed omissioni dell'organo valutativo. Il giudice dell'ottemperanza, considerando che l'utilità attribuita dal giudicato consista solamente nella rinnovazione della procedura e non nell'attribuzione della posizione organizzativa, conclude affermando che ogni censura di merito su tale rinnovo spetti al giudice civile della cognizione.

Sempre con riferimento alle sentenze del giudice ordinario, l'art. 112 c. 2, lett. c), c.p.a. prevede che sono suscettibili di ottemperanza solamente le decisioni aventi forza di giudicato e, non anche, quelle meramente esecutive. Un'applicazione di tale previsione si rinviene nella sentenza del Consiglio di Stato 3476/2011¹⁵⁰. Il giudice nel rigettare l'appello proposto contro una decisione di inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza di una sentenza del giudice ordinario non passata in giudicato, si sofferma sui poteri del giudice dell'esecuzione e

149 Corte Appello Catanzaro, Sezione lavoro, n. 471/2010

150 Cons. St. sez. V, 8 giugno 2011, n. 3476

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

sui limiti del suddetto potere. Il caso concreto scaturisce dall'esercizio dell'azione di ottemperanza da parte di una società edilizia contro il Comune di Vacri, per ottenere l'esecuzione della sentenza con cui il giudice ordinario dichiarava risolto per inadempimento il contratto di appalto stipulato fra i due e sanciva il diritto al risarcimento dei danni del ricorrente. Il ricorso di ottemperanza viene dichiarato inammissibile¹⁵¹ in quanto tale ricorso è ammesso solamente per le sentenze di primo grado, non sospese, del giudice amministrativo. In questo specifico caso, la sentenza impugnata, avente ad oggetto il quantum del diritto al risarcimento dei danni, è passata in giudicato solo formalmente poiché era stato proposto appello, ancora in corso al momento del ricorso, contro la sentenza di primo grado riguardante l'an della pretesa. La Corte osserva che il ricorso per l'esecuzione da parte del giudice amministrativo di una sentenza del giudice ordinario presuppone l'esistenza di una sentenza o un provvedimento idoneo a dar luogo a giudicato, essendo inammissibile la richiesta di esecuzione di provvedimenti privi di natura definitiva o decisoria. Nel caso in esame, l'eventuale riforma della sentenza sull'an della pretesa risarcitoria è idonea a determinare l'automatica caducazione della pronuncia sul quantum. Pertanto la sentenza impugnata non costituisce una vera e propria "res iudicata" perché non comporta un accertamento incontestabile ed indiscutibile. Il Consiglio continua precisando che le implicazioni dell'esecuzione delle sentenze amministrative sono fortemente differenti dagli effetti e caratteri dell'attuazione delle statuizioni dell'autorità giudiziale ordinaria. La scelta del legislatore, di non consentire l'ottemperanza delle sentenze esecutive del giudice ordinario, è stata considerata non irragionevole da parte del giudice delle leggi proprio perché la procedura di ottemperanza comporta

151 T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 2010, n. 69100

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

l'esercizio di una giurisdizione estesa al merito. L'esercizio di tali più ampi poteri, che porta a diverse valutazioni di merito del giudice in sede di ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo e ordinario, fa ritenere ragionevole il presupposto del passaggio in giudicato per le sentenze del giudice ordinario.

Il secondo limite ai poteri del giudice attiene al tipo di provvedimento del giudice amministrativo impugnato. Il Codice all'art. 114, c. 4, lett. a) e c), distingue i poteri del giudice in relazione all'ottemperanza delle sentenze passate in giudicato e sentenze esecutive del giudice amministrativo. Nell'applicare tale previsione, il T.A.R. Brescia¹⁵² respinge il ricorso per l'ottemperanza di una sentenza del giudice amministrativo non ancora passata in giudicato. In seguito alla sentenza di annullamento di un permesso di costruire rilasciato dal Comune di Manerba del Garda ad un terzo, viene proposto appello al Consiglio di Stato. Il ricorrente, in attesa della decisione di quest'ultimo, agisce con l'azione di ottemperanza in considerazione dell'inerzia del Comune e del fatto che non è stata proposta istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza di primo grado.

L'interessato chiede al giudice l'adozione di tutti i provvedimenti necessari, tra cui la nomina di un Commissario ad acta, per l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla sentenza esecutiva. Il T.A.R. premette che le sentenze di primo grado del giudice amministrativo sono esecutive, anche se appellate, e che per la loro esecuzione il T.A.R. esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza ex artt. 112, c. 2, lett. b) e 114, c. 4 lett. c). Tuttavia, prosegue, l'esecuzione del giudicato e l'esecuzione della sentenza non sospesa sono istituti differenti per cui le regole applicabili, anche per ciò che concerne i poteri del giudice, sono diverse. Questo è dovuto al fatto che una totale

152 T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. I, 21 gennaio 2013, n. 63

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

esecuzione delle statuizioni suscettibili di modifica in appello porterebbe a delicati problemi per la necessità di rimodificare la situazione giuridica in conformità al giudicato del giudice d'appello. Infatti, vista l'incertezza del giudicato in formazione, la giurisprudenza ritiene che il giudice dell'ottemperanza debba “procedere con prudente ed equilibrato apprezzamento nell'adozione di provvedimenti esecutivi implicanti pur sempre effetti necessariamente interinali del decisum” in quanto “la sentenza di primo grado non ha, quanto agli effetti conformativi, la forza espansiva propria della res judicata. Sicché le statuizioni con essa dettate devono essere tali non solo da non compromettere l'assetto degli interessi in gioco, ma da consentire nella sopravvenienza di un giudicato che dovesse, in ipotesi, vedere soccombente il ricorrente già vittorioso in primo grado la ricostituzione della situazione quo ante”¹⁵³. Nel concludere, il T.A.R. afferma che, in questo caso, non esiste il diritto all'esecuzione completa e puntuale poiché il giudicato è ancora in formazione. Nel caso in esame, considerando che non è stata presentata istanza di sospensione e che si tratta dell'annullamento di un permesso di costruire in base al quale è stata già esercitata attività di edificazione, il giudice ritiene opportuno respingere il ricorso e attendere l'esito del giudizio di appello. Tra i limiti dei poteri del giudice vi è il vincolo derivante dalla domanda di parte. Tale vincolo, però, attiene solamente al risultato richiesto e non anche alle modalità ed ai mezzi con cui raggiungerlo. Questo orientamento giurisprudenziale è ravvisabile in una recentissima decisione del T.A.R. di Napoli¹⁵⁴. Il ricorrente, avendo ottenuto l'annullamento, confermato in appello¹⁵⁵, degli atti della

153 T.A.R. Lazio, sez II, 16 gennaio 2002; Cons. St. sez. IV, 2002, n. 5352

154 T.A.R. Napoli (Campania), sez. II, 8 marzo 2016, n. 1268

155 Cons. St. sez. VI, 14 novembre 2011, n. 6001

procedura per il reclutamento di un ricercatore universitario a cui aveva partecipato, agisce con l'azione esecutiva contestando la nullità degli atti della nuova procedura, svolta dall'Ateneo resistente in attuazione del giudicato. Il ricorrente sostiene che essendo stata dichiarata l'illegittimità della procedura per violazione delle previsioni del bando, l'Università avrebbe dovuto rieditare anche la valutazione dei titoli e curricula e non limitarsi allo svolgimento della fase delle prove scritte ed orali. Il T.A.R. rilevando che il giudicato, il quale si enuclea sia dalla parte motiva che dal dispositivo della sentenza, produce non soltanto effetti conformativi ma anche effetti demolitori e ripristinatori, afferma che l'annullamento ha riguardato anche gli atti presupposti al decreto di conferimento del posto di ricercatore universitario. Viene accolta, così, la domanda di nullità per violazione del giudicato. Pertanto, il Collegio ritiene di dover prescrivere le modalità di esecuzione ed evidenzia che il vincolo che deriva al giudice dalla domanda di parte attiene soltanto al risultato. Avendo riscontrato varie irregolarità da parte dell'amministrazione resistente viene sottolineato che il giudice ha il dovere di adottare le misure più adatte a garanzia di un'ottemperanza rapida ed efficace, senza vincoli derivanti dai suggerimenti di parte. In conclusione, il T.A.R., per evitare che l'esecuzione venga condizionata dalla pregressa vicenda, nomina un Commissario ad acta ed una nuova Commissione, entrambi estranei sia all'Università che al contesto territoriale in cui è avvenuta la procedura di selezione.

Riassumendo gli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza, il giudice dell'ottemperanza, grazie ai poteri attribuiti dalla giurisdizione di merito, ha vari mezzi per garantire l'esecuzione della sentenza. Può ordinare l'esecuzione, individuare le soluzioni e gli strumenti più adatti a garantire l'attuazione e, inoltre, può sostituirsi direttamente (tuttavia, tale ipotesi si verifica raramente) od indirettamente all'amministrazione

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

inadempiente. Nel eseguire il giudicato, il giudice ha il potere di integrare il disposto della sentenza, in virtù degli effetti conformativi derivanti da quest'ultima. Si deve, però, notare che il giudice incontra anche numerosi limiti. Il vincolo principale risiede nel giudicato stesso il quale non può essere riformato o modificato. Altri condizionamenti derivano dalla domanda di parte, dai confini della giurisdizione amministrativa e dagli effetti della sentenza da ottemperare.

Come già visto, il giudice dell'esecuzione ha la facoltà di sostituirsi all'amministrazione nell'attuazione del giudicato mediante la nomina di un Commissario ad acta. Un'interessante ricostruzione dei caratteri principali di tale figura è stata operata recentemente dal Consiglio di Stato¹⁵⁶. Nel decidere, nell'ambito di una complessa vicenda nata già nel 1984, sulla liceità dell'attività del Commissario ad acta incaricato dell'esecuzione di una sentenza di annullamento degli atti del procedimento di una lottizzazione convenzionata e relative concessioni edilizie, il Consiglio si sofferma sulla natura giuridica degli atti del Commissario e sulla possibilità per l'amministrazione di modificarli. Il Consiglio premette che il presupposto giuridico per l'attività del Commissario è la pendenza del giudizio di ottemperanza e, precisa, che la mancata conoscenza dell'estinzione del giudizio da parte del Commissario non fa venire meno il presupposto stesso. Per quanto riguarda la prima questione, ossia la natura giuridica del commissario e dei suoi atti, la sentenza ripercorre brevemente il dibattito teorico che oscillava sulla qualificazione tra organo straordinario dell'amministrazione ed ausiliario del giudice fino ad arrivare alla soluzione della giurisprudenza maggioritaria per cui il Commissario è organo del giudice dell'ottemperanza. Detto ciò, ne consegue che i suoi atti devono essere adottati esclusivamente in funzione dell'esecuzione

156 Cons. St. sez. IV, 13 gen 2015, n. 52

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

del giudicato e non degli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione sostituita. Inoltre, per la medesima ragione, i provvedimenti del Commissario sono immediatamente esecutivi e non sono soggetti ai controlli dell'amministrazione presso la quale opera. Infatti, l'art. 114, c. 4, c.p.a. prescrive che il giudice dell'ottemperanza conosca di tutte le questioni relative alla stessa, compresi gli atti del Commissario ad acta. Essendo l'attività del soggetto in esame fondata su un ordine del giudice è la stessa che potrebbe realizzare direttamente il giudice stesso. Le parti, per contestarne l'operato, devono rivolgersi al giudice attraverso l'incidente di esecuzione ad eccezione dell'impugnazione derivante dai terzi estranei, i quali, devono seguire il rito ordinario. Questo, perché altrimenti verrebbe violato il principio del doppio grado di giudizio ed il diritto di difesa. La Corte richiama, a conferma della natura giurisdizionale del Commissario, l'art. 57 del D.P.R. 115/2002 secondo cui a tale figura si applica la disciplina degli ausiliari del magistrato, per l'onorario, le indennità e spese di viaggio e le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico.

Il secondo problema affrontato dal Consiglio di Stato è se sia possibile per l'amministrazione sostituita modificare gli atti commissariali. Richiamando la giurisprudenza di merito¹⁵⁷, la questione è risolta senza incertezze in senso negativo. Infatti, l'art. 21 c.p.a. qualifica il Commissario come ausiliario del giudice il quale agisce, pertanto, quale *longa manus* del giudice ed è chiamato ad esternare la volontà di attuazione quest'ultimo. L'ambito della peculiare giurisdizione del giudizio, ossia di merito, consente al giudice di sostituirsi all'amministrazione per l'esercizio della funzione giurisdizionale e tale sostituzione si sostanzia nelle determinazioni del Commissario. Da

157 T.A.R. Puglia (Lecce), Sez. I, 24 febbraio 2011, n. 367

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

tutto ciò deriva l'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi totalmente alle prescrizioni del Commissario in quanto non ha alcuna discrezionalità nell'attuare quanto prescritto ma solamente la facoltà di adire il giudice per ottenere chiarimenti oppure per proporre reclamo contro gli atti dello stesso.

Nella decisione su un reclamo per l'annullamento degli atti del Commissario ad acta, il Consiglio di Giustizia Amministrativa¹⁵⁸ chiarisce quando le determinazioni dello stesso eccedono i poteri attribuitigli. Il ricorrente, dopo aver ottenuto l'annullamento della procedura dell'ESA avente ad oggetto l'inquadramento ad una qualifica superiore, agisce in ottemperanza dove, trascorsi i termini assegnati all'amministrazione per provvedere, viene nominato un Commissario ad acta. Quest'ultimo, nell'effettuare la nuova valutazione, giunge alla conclusione secondo cui il ricorrente non ha alcun diritto ad un inquadramento di qualifica superiore sulla base delle risultanze documentali e delle linee guida fornite dal giudice per l'espletamento dell'incarico. Il ricorrente propone reclamo per l'annullamento della determinazione¹⁵⁹ del Commissario, sostenendo che l'inquadramento avrebbe dovuto essere automatico in virtù del giudicato formatosi sulla sentenza da eseguire. Il Consiglio ritiene inammissibile il reclamo in quanto le determinazioni del Commissario non appaiono né violative né elusive del giudicato. Continua, ricordando che, per giurisprudenza consolidata, la sentenza da eseguire costituisce il limite della giurisdizione di merito attribuita al giudice. La giurisdizione di merito consente, infatti, al giudice di assumere su di sé tutti i poteri della pubblica amministrazione e di gestirli in modo autonomo al momento della sostituzione. Il giudice dell'ottemperanza precisa che per stabilire

158 C.G.A. Sicilia, sez. giurisd. 9 giugno 2014, n. 319

159 Determinazione del 17 settembre 2012, n. 29081

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

se il Commissario abbia attuato il giudicato oppure abbia tenuto un comportamento violativo o elusivo del giudicato è necessario considerare la realtà processuale e, soprattutto, il contenuto della sentenza da ottemperare. Dato che, il Commissario si è attenuto alle linee guida di condotta per la corretta esecuzione del giudicato (secondo le quali viene escluso qualsiasi automatismo ai fini dell'attribuzione della qualifica di dirigente superiore), non ha frainteso le statuizioni del giudice, né violato o eluso il giudicato.

Sulla natura degli atti del Commissario si è pronunciato il T.A.R. Sicilia¹⁶⁰, nell'ambito di un'azione contro il silenzio-rifiuto formatosi sull'istanza di accesso agli atti e provvedimenti del Commissario ad Acta incaricato dell'esecuzione. La vicenda trae origini dalla sentenza del giudice amministrativo con cui viene dichiarato l'obbligo di esecuzione del lodo arbitrale reso fra l'amministrazione ed una società¹⁶¹. In seguito alla perdurante inerzia dell'amministrazione, viene nominato per l'esecuzione un Commissario. Una società terza, estranea al giudizio, in quanto diventata cessionaria del credito della società ricorrente in ottemperanza, inoltra richiesta di accesso agli atti del Commissario sulla base della pretesa di veder soddisfatto il suo credito. Impugna, nel giudizio in esame, il silenzio formatosi su tale richiesta. Il tribunale precisa che il Commissario ad acta è organo nominato dal giudice il quale gli attribuisce l'incarico di attuazione del giudicato. Pertanto, il Commissario svolge la medesima attività che il giudice potrebbe porre in essere direttamente. Quindi, l'attività, anche se non qualificabile come giurisdizionale, è svolta nell'interesse oggettivo della giustizia e persegue una volontà che esprime la funzione attribuita al giudice. Tutto ciò ha come logica conseguenza il

160 T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. I, 9 novembre, 2005, n. 5000

161 T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. I, 7 ottobre 2003, n. 2431

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

fatto che gli atti adottati dal Commissario non sono modificabili dall'amministrazione e sono reclamabili di fronte al giudice dell'ottemperanza. Risulta inammissibile la richiesta di accesso agli atti poiché, dal punto di vista oggettivo, i provvedimenti in questione esulano dalla definizione giuridica di atto amministrativo accessibile ex art. 22, l. 241/1990 e, dal punto di vista oggettivo, il Commissario non è una pubblica amministrazione né un soggetto equiparato.

Sui poteri del Commissario ad acta, nell'ambito dei procedimenti di espropriazione di pubblica utilità, si esprime il Consiglio di Stato con due pronunce del 2014. La prima è una decisione sull'appello proposto nei confronti della sentenza che rigettava il reclamo contro il decreto di esproprio del Commissario ad Acta, nominato nel giudizio di ottemperanza¹⁶². La ricorrente, proprietaria di un terreno nel comune di Villa Castelli, subisce nel 2007 l'occupazione per pubblica utilità non seguita da alcun formale decreto di esproprio. Propone, pertanto, ricorso al T.A.R. Puglia per ottenere la restituzione dell'immobile oppure il completamento della procedura. Il giudice di primo grado accoglie il ricorso¹⁶³ offrendo tre possibili soluzioni per l'esecuzione dello stesso: il raggiungimento di un accordo fra le parti per trasferire la proprietà all'amministrazione; in mancanza di accordo, l'emanazione di un motivato decreto di acquisizione al patrimonio indisponibile; la restituzione del bene alla ricorrente, salvo il risarcimento dei danni, dovuto in tutti e tre i casi. Il Comune non adempie alle prescrizioni del giudice, quindi, la ricorrente propone ricorso per ottemperanza ottenendo l'ordine diretto all'amministrazione di dare esecuzione alla sentenza entro un termine prestabilito. Scaduto anche tale termine, nell'inerzia del Comune, viene nominato un Commissario ad acta per

162 Cons. St. sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3347

163 T.A.R. Lecce (Puglia), 2008, n. 3342

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

dare esecuzione al giudicato¹⁶⁴. Successivamente, la ricorrente impugna con reclamo il decreto di esproprio assunto dal Commissario. Tale richiesta viene rigettata dal T.A.R. il quale si premura, prima di tutto di qualificare l'atto come acquisizione sanante ex art. 42 bis, D.P.R. n. 327/2001. Viene affrontato, inoltre, il tema relativo ai poteri del Commissario. Quest'ultimi trovano il loro fondamento nella sentenza da eseguire. Per questo motivo, il Commissario può adottare ogni misura conforme al giudicato che sia idonea a garantire l'effettivo raggiungimento del bene della vita del ricorrente. Il T.A.R. dunque, ritiene legittimo il comportamento dell'organo ausiliario, il quale non avrebbe dovuto acquisire preventivamente alcun parere dalle parti. Con il giudizio in esame, il Tribunale è chiamato a decidere sull'appello proposto contro la decisione sul reclamo. La ricorrente lamenta che il Commissario si è sostituito all'amministrazione oltrepassando i limiti dei poteri attribuiti dal giudicato, in quanto ha adottato il decreto di esproprio senza conoscere preventivamente la volontà dell'amministrazione. Il Collegio, innanzitutto, ricorda il contrasto giurisprudenziale riguardo alla questione se il Commissario possa o meno ordinare la conclusione del procedimento dell'art.42 bis T.U. espropriazioni. In primo luogo, si afferma che costituisca illecito la permanente occupazione e trasformazione di un bene da parte dell'amministrazione in assenza di un valido titolo. Tuttavia, l'obbligo di restituzione dello stesso viene meno solamente in seguito all'esercizio del potere acquisitivo. L'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non comporta l'estinzione dell'obbligo di restituzione del bene ed inoltre non costituisce titolo di acquisto. Detto ciò, al momento vi è un contrasto giurisprudenziale in ordine ai poteri del Commissario. Un primo indirizzo ritiene che il Commissario non

164 T.A.R. Lecce (Puglia), 24 maggio 2012, n. 928

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

possa provvedere nel procedimento in oggetto. Questo perché la sentenza da ottemperare è legata ai limiti della domanda di parte ed il ricorrente la pone ai fini di ottenere l'annullamento degli atti espropriativi. Da ciò deriva che l'accoglimento della domanda comporta l'obbligo di restituire il bene illegittimamente occupato. Quindi, alla luce dei limiti posti dal rapporto fra chiesto e pronunciato, non rientrerebbe nei poteri del Commissario disporre l'acquisizione sanante. L'altro indirizzo giurisprudenziale, che consente l'adozione della determinazione di acquisizione sanante da parte del Commissario, sostiene che ciò sia possibile in virtù della giurisdizione di merito attribuitagli e, quindi, della possibilità di tenere in considerazione anche gli interessi pubblici che militano nel senso del mantenimento dell'opera pubblica. Infatti, ci si domanda cosa succeda nel caso in cui di fronte ad una sentenza che ordini la tempestiva adozione del provvedimento l'amministrazione rimanga comunque inerte. Il Consiglio, ricorda la costante per cui il giudice dell'ottemperanza possa sostituirsi all'amministrazione, a prescindere dalla riserva amministrativa, sulla base di quanto indicato nella sentenza passata in giudicato. Appunto per questo, il giudice ed il commissario possono instaurare il procedimento dell'art. 42 bis come conseguenza della declaratoria di illegittimità degli atti della procedura espropriativa. Il Commissario può valutare ex novo, alla luce degli interessi in gioco, se il terreno debba essere acquisito o meno. Solo in questo modo è possibile fornire una tutela sostanziale al proprietario, impedendo ulteriori ritardi dell'amministrazione. Questo secondo orientamento è condiviso anche dal Collegio giudicante il quale rigetta il ricorso ritenendolo inammissibile. Recentemente, sulla questione è intervenuta l'Adunanza Plenaria, secondo la quale “in sede di esecuzione del giudicato concernente sentenza relativa a illegittima occupazione di un'area da parte della pubblica amministrazione, è

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

consentito al commissario ad acta emanare il provvedimento di acquisizione coattiva di cui all'articolo 42bis del Dpr 8 giugno 2001 n. 327 se nominato dal giudice amministrativo a mente degli art. 34, comma 1, lett. e), e 114, comma, 4, lett. d), c.proc.amm., qualora tale adempimento sia stato previsto dal giudicato la cui esecuzione è invocata ovvero se nominato dal giudice amministrativo a mente dell'articolo 117, comma 3, c.p.a, qualora l'amministrazione non abbia provveduto sull'istanza dell'interessato che abbia sollecitato l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante¹⁶⁵.

Nella seconda pronuncia¹⁶⁶, il Consiglio di Stato si occupa del problema del trasferimento dei poteri dell'amministrazione al giudice dell'ottemperanza. In seguito alla sentenza del giudice di cognizione che assegnava un termine al Comune per emanare il provvedimento di acquisizione sanante per un'occupazione illegittima, il medesimo Comune procedeva ad emanare il provvedimento oltre i termini indicati. Il ricorrente agisce in ottemperanza deducendo che il Comune avesse adottato il provvedimento acquisitivo oltre i termini fissati dal T.A.R. e quindi ne chiede l'annullamento. Inoltre, chiede che sia dichiarata la decadenza del Comune dalla possibilità di acquisire i terreni e che esso venga condannato alla restituzione degli stessi. Il Collegio afferma che la sentenza da eseguire aveva previsto l'obbligo per il Comune di procedere all'acquisizione sanante in alternativa all'obbligo di restituire i terreni. Secondo il giudice, non merita accoglimento la tesi del ricorrente per cui il Comune sarebbe decaduto dal potere di provvedere. Infatti, tale potere è espressione del più generale potere di amministrazione attiva che compete agli enti pubblici a cui il giudice non può sostituirsi, salvo i casi di giurisdizione

165 Cons. St. Ad. Plen. 9 febbraio 2016, n. 2

166 Cons. St. sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4203

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

estesa al merito. La valutazione degli interessi e la decisione finale rientra, difatti, nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione. La sentenza non può essere letta nel senso che, scaduti i termini per adempiere, sia preclusa per l'amministrazione ulteriore attività. Dato che la comparazione delle varie situazioni è imprescindibile per l'emanazione del decreto di acquisizione, anche nel caso di ulteriore inerzia dell'amministrazione, la valutazione degli interessi deve essere compiuta dal commissario ad acta nominato dal giudice. Il ricorso è inammissibile poiché come afferma la giurisprudenza¹⁶⁷ “la Pubblica amministrazione rimane titolare del potere di provvedere anche tardivamente, dopo la scadenza del termine fissato dal giudice nella sentenza di ottemperanza, tuttavia all'atto dell'insediamento del commissario ad acta si verifica un definitivo trasferimento dei poteri, rimanendo precluso all'Amministrazione ogni margine di ulteriore intervento, con conseguente nullità degli atti da essa compiuti oltre le suddette date.”

Riepilogando quanto emerso dall'analisi delle sentenze del giudice amministrativo, si possono fare alcune considerazioni. Il giudice dell'ottemperanza, trovando limiti all'esecuzione nel giudicato stesso, spesso non risolve in maniera significativa, cioè nel senso dell'effettività della tutela, i vuoti di tutela che emergono nel corso del giudizio. Pur facendo appello ai principi e novità introdotte dal Codice di procedura amministrativa, spesso si rimane nella sfera della mera affermazione di principio a cui non segue l'esercizio di veri poteri di merito. La riedizione del potere amministrativo trova ancora ampi spazi dettati da un utilizzo limitato e generico dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento. Infatti, il giudice dell'ottemperanza, grazie alla giurisdizione di merito, può intervenire in maniera incisiva

167 T.A.R. Lecce (Puglia), sez. I, 13 gennaio 2015 n. 149

Il giudizio di ottemperanza come la più importante ipotesi di giurisdizione di merito

dando vita ad un vero giudizio sul rapporto e non più sull'atto, soltanto laddove il giudice di primo grado abbia effettivamente usato la motivazione della sentenza per indirizzare la successiva attività dell'amministrazione. Più tale delineazione del successivo assetto degli interessi è dettagliata e stringente più il giudice dell'ottemperanza potrà intervenire offrendo la soddisfazione dell'utilità riconosciuta. Si può, così, notare che nel nuovo modello di processo amministrativo il giudizio di attuazione non pare abbia più quella importanza dirimente sull'effettività della tutela. Da un lato, ciò sembra derivare da un'opera poco innovatrice o creatrice della giurisprudenza e dall'altro lato dalle modifiche apportate al giudizio di legittimità. Proprio su alcune di quest'ultime ci concentreremo nel prossimo capitolo. Inoltre, rimangono irrisolte varie problematiche: dai limiti del giudicato a quale sia effettivamente il potere di merito del giudice dell'ottemperanza. Un'ultima riflessione riguarda la nozione di giurisdizione di merito. Pare emergere, nell'ambito delle procedure di espropriazione per pubblica utilità, quel concetto di giurisdizione di merito, fatto proprio da parte di autorevole dottrina, per cui essa si sostanzia e trova la sua ragion d'essere non nella sostituzione del giudice nel potere discrezionale dell'amministrazione ma nella valutazione comparativa e simultanea degli interessi pubblici e privati. Difatti, il commissario, al momento dell'emanazione del decreto di acquisizione coattiva effettua una scelta in relazione ai mezzi più idonei per la cura degli interessi pubblici e privati, senza per questo entrare in valutazioni di opportunità riservate all'amministrazione.

4. Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

4.1. *Premessa*

Nei capitoli precedenti abbiamo analizzato il ruolo assunto dal giudizio di ottemperanza attraverso l'esame della disciplina codicistica e della sua applicazione giurisprudenziale. Per comprenderne la funzione in modo più completo è utile rapportarlo al giudizio di cognizione. Infatti, se il giudizio di ottemperanza è stato per lungo tempo il luogo privilegiato della cognizione giurisdizionale ciò è dovuto ai caratteri iniziali del giudizio di legittimità¹. Attualmente, nel nuovo modello del processo amministrativo, data la pienezza di poteri di decisione e cognizione del giudice della legittimità, ci si può domandare se vi sono spazi per un possibile superamento o cambiamento della funzione del giudizio di ottemperanza. Vi sono, infatti, segni di un'inversione di tendenza: da un giudizio caratterizzato dall'essere stato spesso l'unica opportunità per la parte lesa di ottenere una tutela effettiva ad un giudizio che ritorna alla finalità strettamente esecutiva per cui è nato.

¹ L. Lamberti, Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza, (nota a sentenza), Foro Amm. CdS. 2002, p. 2599

4.2. *Giudicato a formazione progressiva: alcuni rilievi critici*

In relazione ai rapporti fra giudizio di ottemperanza e giudizio di legittimità viene in rilievo la tradizionale teoria del giudicato a formazione progressiva. Si tratta di una ricostruzione dogmatica nata dall'opera esclusiva della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Non trova conferme esplicite nel Codice, tuttavia è ancora molto attuale ed è sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria e confermata dalla pronuncia 2/2013 dell'Adunanza Plenaria. Ha avuto un importante ruolo nello sviluppo del giudizio di ottemperanza² ed ha trovato la sua “ratio giustificatrice”³ nel modo in cui è stato configurato inizialmente il giudizio di legittimità. Dopo gli innumerevoli sviluppi del giudizio di cognizione, oggi è ancora sostenibile?

La teoria del giudicato a formazione progressiva presuppone una nozione di giudicato più flessibile rispetto alla nozione civilistica⁴. Secondo tale ricostruzione, infatti, la formazione completa del giudicato non consegue alla pronuncia del giudice della cognizione ma alla sentenza del giudice dell'ottemperanza. Quest'ultimo, grazie ai poteri derivanti dalla giurisdizione di merito, può arricchire ed integrare il contenuto della sentenza da attuare; pertanto, gli effetti definitivi del giudicato derivano da tale sentenza. Secondo risalente dottrina, la sentenza amministrativa non definisce in modo completo ed immutabile l'assetto degli interessi ma, la cristallizzazione del

² S. Pelillo, Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, op. cit. secondo cui lo sviluppo eccezionale del giudizio di ottemperanza è avvenuto grazie ai poteri sostitutivi relativi alle situazioni di interesse legittimo pretensivo ed al vincolo conformativo della sentenza.

³ P. Montone, La nozione di giudicato a formazione progressiva ed il rapporto con la sopravvenuta disciplina comunitaria, 2 marzo 2016, in www.justowin.it Direzione scientifica Serafino Ruscica

⁴ P. Montone, La nozione di giudicato a formazione progressiva ed il rapporto con la sopravvenuta disciplina comunitaria, op. cit

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

giudicato completo si ha solamente all'esito del giudizio di ottemperanza. Questo, infatti, viene delineato, non come un nuovo ricorso, ma, come prosecuzione del precedente giudizio di legittimità⁵. Tutto ciò deriva da una mancanza di tutela effettiva al termine della fase cognitoria, poiché a statuizioni generiche ed incomplete seguono, da un lato, ampie scelte nella fase attuativa e, dall'altro lato, uno spostamento della effettività della tutela alla fase dell'ottemperanza⁶. Quindi, questo modello di tutela è composto da due fasi per cui alla sentenza di annullamento segue, in caso di mancata soddisfazione dell'utilità riconosciuta, l'integrazione del comando con conseguente progressivo restringimento dell'area di discrezionalità amministrativa nella fase dell'ottemperanza⁷. La ragione della costruzione del modello bifasico, in cui l'ottemperanza è naturale prosecuzione del giudizio di merito ed unico luogo in cui l'interesse legittimo trova garanzia di tutela, deriva dai limiti di cognizione e di decisione che per molto tempo hanno caratterizzato il giudizio di legittimità⁸. Più nel dettaglio, la configurazione più risalente e tradizionale del giudizio impugnatorio è delineata come giudizio sull'atto avente effetti esclusivamente cassatori⁹. Dalla sentenza di annullamento che rimuove l'atto illegittimo ex tunc consegue il classico effetto ripristinatorio, ossia l'obbligo dell'amministrazione di adeguare la situazione di fatto a

⁵ C. Calabrò, L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo, Riv. trim. dir. publ. 1981, p. 1167

⁶ C. Calabrò, L'ottemperanza nel giudizio amministrativo, op. cit., p. 2007

⁷ A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo vol.2. Il contributo alla teoria dell'Azione nella giurisdizione esclusiva, Cedam, 2010 richiama la somiglianza fra il sistema di tutela bifasica del processo amministrativo italiano all'esperienza del c.d. "accertamento in prosecuzione" dell'ordinamento tedesco in cui si ha un progressivo azzeramento della discrezionalità residua della P. A.

⁸ A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo, op.cit. p. 212

⁹ M. Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione ed ottemperanza, www.federalismi.it, n. 18, 6 ottobre 2010

quella di diritto rimuovendo i pregiudizi ed effetti dell'atto illegittimo. In un primo momento, questa tutela è sufficiente per soddisfare gli interessi legittimi oppositivi. In seguito, però, data l'apertura del giudizio impugnatorio alla soddisfazione degli interessi legittimi pretensivi, il solo annullamento dell'atto viziato non consente l'ottenimento del bene della vita del ricorrente¹⁰. In questo caso, l'amministrazione deve porre in essere ulteriore attività amministrativa affinché venga data esecuzione alla sentenza. Tuttavia, il giudice di legittimità, visti i limitati poteri di cognizione e decisione, si limita ad annullare l'atto con prescrizioni generiche, che necessitano dell'attività cognitoria del giudice dell'ottemperanza per l'individuazione di quelle regole concrete che assicurano la corretta riedizione del potere amministrativo¹¹. Accanto all'effetto costitutivo e ripristinatorio della sentenza di annullamento si delinea, nel tempo, altresì il contenuto conformativo con cui si pongono vincoli alla successiva attività di riedizione del potere amministrativo. Infatti, il giudice nell'accertare l'invalidità del provvedimento può, in maniera più o meno ampia, stabilire quale sia il corretto modo di esplicitare la successiva attività amministrativa. Anche in questa situazione, appare decisivo l'intervento del giudice in sede di esecuzione il quale enuclea i vincoli conformativi¹², arricchisce ed integra attraverso nuova attività di

¹⁰ V. Neri, Il giudizio di ottemperanza, Testo della relazione tenuta il 20 gennaio 2015 presso la Scuola Superiore della Magistratura, www.giustizia-amministrativa.it

¹¹ P. Carpentieri, Esecuzione del giudicato, 13 ottobre 2012, www.giustizia-amministrativa.it

¹² Nella recente giurisprudenza l'effetto conformativo viene così delineato: quando la sentenza del giudice amministrativo riconosce l'illegittimità di un provvedimento, non si limita al mero annullamento dell'atto, ma evidenziando le ragioni dell'illegittimità, contiene anche l'esplicazione della corretta regola di condotta da seguire nell'agire amministrativo. Di conseguenza, l'effetto "conformativo" di essa non può limitarsi al mero divieto di riedizione dell'atto ovvero di non reiterazione dell'attività sanzionata con l'annullamento giudiziale, ma si estende anche all'obbligo di porre in essere una attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia giurisdizionale tutte le volte in cui la

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

cognizione il giudicato originario¹³.

Per queste ragioni, è opinione consolidata che nel nostro ordinamento il giudizio di ottemperanza abbia natura mista, ossia di esecuzione e di cognizione, dato che spesso la statuizione contenuta nella sentenza amministrativa contiene una regola implicita od incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza poi esplicitare o completare. Ciò comporta che il giudice amministrativo, in sede di giudizio di ottemperanza, “può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera ‘esecuzione’, ma ‘attuazione’ in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva”¹⁴. Tuttavia, la giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁵ è stata chiara nell'affermare che i poteri di integrazione del giudicato riconosciuti al giudice amministrativo in sede di ottemperanza non possono comunque spingersi fino al punto di ampliare o, addirittura, di modificare, quanto deciso nella sentenza da eseguire.

Pur avendo visto che la teoria del giudicato a formazione progressiva è tutt'oggi ampiamente sostenuta dalla giurisprudenza e dottrina prevalente, il dubbio che sorge è se i mutati caratteri, nel nuovo modello di processo amministrativo, del giudizio di legittimità non depongano per un superamento di questa teoria. I nuovi contorni del giudizio di annullamento sono dati da vari fattori tra cui il passaggio ad un processo avente ad oggetto il rapporto e non più l'atto, nuovi mezzi

riedizione del potere amministrativo sia obbligatoria; Cons. St. sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5154

¹³ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, op.cit. p. 213

¹⁴ Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796; Cons. St. sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 748; Cons. St. sez. VI, 26 giugno 2013 n. 3517; Cons. St. Ad. Plen. 2/2013

¹⁵ Cons. St. sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

istruttori, nuovi poteri di accertamento e di condanna. In questo quadro, probabilmente non sarà più necessario un giudizio di prosecuzione con cui integrare le lacune della sentenza di annullamento. Secondo parte della dottrina¹⁶, vi sono vari svantaggi connessi al mantenimento della configurazione progressiva del giudicato: in primo luogo, un giudizio di ottemperanza con ampi poteri integrativi costituisce una sorta di giustificazione al mantenimento di un giudizio di cognizione piuttosto esile e limitato dai giudici stessi; inoltre, l'istituzione di un ulteriore giudizio necessario per ottenere tutela completa, nel nostro caso il giudizio di ottemperanza, costituisce un notevole dispendio di tempo e di risorse economiche per il cittadino, il quale potrebbe già trovare integrale soddisfazione nel giudizio di cognizione.

Questa, pur limitata, inversione di tendenza si ritrova in una recentissima ordinanza di rinvio da parte Consiglio di Stato¹⁷ all'Adunanza Plenaria sulla questione della perdurante attualità o meno della nozione di giudicato a formazione progressiva. L'ordinanza trae origini da una vicenda, su cui si è espressa anche il giudice europeo¹⁸, riguardante la possibilità di ritenere inefficace un giudicato in quanto contrastante allo jus superveniens di matrice comunitaria, in particolare alla normativa relativa agli appalti pubblici di lavori. Il Consiglio di Stato inizia considerando che il giudice dell'ottemperanza possa esercitare cumulativamente sia poteri ordinatori che cassatori e di conseguenza egli abbia la possibilità di integrare le prescrizioni della originaria sentenza con misure non solo di esecuzione ma anche di attuazione in senso stretto, dando vita al giudicato a formazione

¹⁶ Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione ed ottemperanza, op. cit.

¹⁷ Cons. St. sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587

¹⁸ Sentenza Pizzarotti, Corte di Giustizia CE, 10 luglio 2014, C-213/13

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

progressiva. Tale natura dei poteri del giudice dell'ottemperanza, afferma il Consiglio, è stata confermata dalla recente giurisprudenza con la sentenza dell'Adunanza Plenaria 2/2013 ed anche dalla Corte Costituzionale¹⁹. Inoltre, l'ordinanza riporta le considerazioni del giudice comunitario nel caso Pizzarotti secondo cui “se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima”. Quindi, in virtù del fatto che il giudice europeo rinvii alla normativa nazionale la possibilità o meno che il diritto sopravvenuto possa incidere su un giudicato stabile, il Consiglio rinvia all'Adunanza Plenaria l'interrogativo sull'attualità della nozione di giudicato a formazione progressiva. Per quanto riguarda il tema delle sopravvenienze, la giurisprudenza²⁰ afferma costantemente che il giudice dell'ottemperanza debba anche apprezzare le eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto per stabilire se, in concreto, il ripristino della situazione soggettiva lesa sia compatibile con lo stato di fatto e/o di diritto prodottosi nel frattempo. In ogni caso, si ritiene ferma l'irrelevanza delle sopravvenienze successive alla notificazione della sentenza da ottemperare. Secondo l'interpretazione delineata dal Consiglio di Stato nell'ordinanza in esame, dopo la riforma attuata con l'adozione del codice e l'introduzione di azioni processuali prima

¹⁹ Corte Cost., 12 dicembre 1998, n. 406

²⁰ Cons. St. sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037; Cons. St. sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6849

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

sconosciute, il mantenimento della nozione del giudicato a formazione progressiva non avrebbe più senso. Infatti, questa elaborazione, nata per opera esclusiva della giurisprudenza, ha avuto la funzione di sopperire alle limitazioni dell'originario processo amministrativo incentrato sull'unica azione di annullamento del provvedimento illegittimo. Il giudice si domanda se non sia più opportuno delineare un nuovo concetto di giudicato, più simile a quello civilistico, avente ad oggetto il solo contenuto scaturente dalla sentenza di merito. In conclusione, il Consiglio, a sostegno di tale interpretazione, afferma che il giudicato flessibile non ha attualmente alcuna base normativa ed inoltre esso non appare particolarmente sistematico.

4.3. Ampliamento dei poteri di decisione e cognizione del giudice di legittimità

Avendo trattato precedentemente dei cambiamenti che hanno interessato il giudizio di cognizione è opportuno richiamare sinteticamente le maggiori novità introdotte dal Codice. Queste, in generale, hanno comportato un ampliamento dei poteri di cognizione e decisione del giudice amministrativo nell'ottica del principio di effettività della tutela previsto all'art. 1 c.p.a. secondo cui "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". Tale principio ha come suoi corollari, da un lato, la pienezza della tutela e, dall'altro, la concentrazione della stessa²¹. Esso dovrebbe mirare a garantire una soddisfazione integrale della pretesa del ricorrente, già in fase di cognizione, proprio in virtù della necessità di avere a disposizione tutti gli strumenti necessari all'ottenimento della tutela giurisdizionale. A questo proposito è rilevante richiamare il fatto che tra i principi e criteri direttivi posti dalla legge delega per l'elaborazione del testo del nuovo Codice del processo amministrativo vi sia la necessità di riorganizzare le azioni e funzioni del giudice prevedendo "pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa"²². Tutto ciò, nell'ottica di una tutela piena ed effettiva della giurisdizione amministrativa, consente l'esplicazione del principio dell'atipicità delle azioni attraverso cui è possibile ottenere una decisione avente il contenuto più

²¹ Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione ed ottemperanza, op. cit.

²² Art. 44, c. 2, lett. b), l. 69/2009

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

idoneo a soddisfare la pretesa del ricorrente²³. Il principio di atipicità delle azioni, secondo alcuni, comporta altresì un progressivo avvicinamento tra la fase di cognizione e quella dell'ottemperanza. Il cambiamento di prospettiva sul giudizio di legittimità, da un giudizio tipicamente impugnatorio avente ad oggetto il provvedimento amministrativo ad un giudizio sul rapporto avente ad oggetto la tutela della situazione giuridica lesa, è rafforzato da varie previsioni del Codice del processo amministrativo²⁴. Alcuni cenni nel proseguo.

Una delle più importanti novità del Codice riguarda l'unificazione del regime probatorio per la giurisdizione amministrativa nel suo complesso. È prevista, quindi, per la giurisdizione generale di legittimità, esclusiva e di merito, l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova propri del processo civile, ad esclusione del giuramento ed interrogatorio formale²⁵. Precedentemente, nel giudizio di legittimità, vista la sua configurazione originaria come giudizio sull'atto a cui conseguiva un limitato accesso ai fatti, il piano probatorio era limitato a soli 3 mezzi: richiesta di documenti, schiarimenti e verificazioni.

²³ F.G. Scoca, Giustizia amministrativa, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 37

²⁴ P. Montone, La nozione di giudicato a formazione progressiva ed il rapporto con la sopravvenuta disciplina comunitaria, 2 marzo 2016, in www.justowin.it

²⁵ L' art. 63 c.p.a prevede, nel disciplinare i mezzi di prova, che "Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti.

Il giudice, anche d'ufficio, può ordinare anche a terzi di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 e seguenti del codice di procedura civile; può altresì disporre l'ispezione ai sensi dell'articolo 118 dello stesso codice.

Su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile.

Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica.

Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento."

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

Oltre ai pochi mezzi di prova previsti, il pieno accertamento del fatto era escluso anche dall'atteggiamento del giudice, il quale, spesso si limitava ad utilizzare solamente i documenti prodotti dalle parti ed inoltre evitava di effettuare un autonomo accertamento dei fatti basandosi esclusivamente su ciò che risultava dall'istruttoria realizzata durante il procedimento amministrativo²⁶. Attualmente, con l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice di legittimità e, auspicabilmente, con un nuovo atteggiamento dei giudici, il processo di annullamento si sta dirigendo verso un sindacato pieno sul fatto che consente il raggiungimento del bene della vita richiesto dal ricorrente. Vi è un accertamento completo per ciò che concerne le valutazioni amministrative non discrezionali in quanto si consente la verifica della fondatezza della pretesa per assicurare un'effettiva soddisfazione²⁷. Oltretutto, si prospetta il superamento dell'idea per cui il giudice debba conoscere dei fatti così come prospettati dall'amministrazione, già con l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio²⁸ che consente un accesso diretto al fatto da parte del giudice²⁹. La giurisprudenza prende atto dei cambiamenti introdotti dal Codice ed afferma che l'art. 63 c.p.a. è "una norma di chiusura che vuole assicurare l'accesso al fatto in modo pieno, a conferma di un nuovo paradigma del giudizio incentrato sul rapporto senza il diaframma delle risultanze procedurali"³⁰.

Un ulteriore passo verso una giustizia amministrativa sempre più effettiva si è avuto con l'introduzione dell'azione risarcitoria a tutela

²⁶ G. Virga, Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità, Dir. Proc. Amm. 1990, p.124

²⁷ A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione di fronte al giudice amministrativo, op. cit, p. 9

²⁸ Art. 16, L. 205/2000

²⁹ F. Cintioli, Tecnica e processo amministrativo, Dir. Proc. Amm. 2004, p. 985

³⁰ T.A.R. Lombardia (Milano), sez. III, 6 aprile 2011, n. 904

degli interessi legittimi³¹. Grazie a questa possibilità, viene riconosciuta l'esistenza di un bene della vita che può non trovare la sua soddisfazione nel mero annullamento del provvedimento illegittimo³². Il Codice disciplina l'azione risarcitoria³³ prevedendo la proponibilità della domanda di condanna al risarcimento dei danni ingiusti derivanti da un esercizio illegittimo o dal mancato esercizio dell'attività amministrativa. Per il risarcimento derivante dalla lesione di interessi legittimi, l'azione può essere proposta anche in forma autonoma, quindi a prescindere dalla contestuale presentazione della domanda di annullamento del provvedimento che ha causato la lesione. Sono previsti, tuttavia, degli stringenti limiti che fanno supporre che la c.d. pregiudizialità amministrativa sia stata eliminata solamente formalmente e non anche sostanzialmente³⁴. Questo perché l'azione può essere proposta entro 120 giorni dal momento in cui si è verificato il fatto illecito oppure dalla conoscenza del provvedimento da cui è derivato il danno; è, inoltre previsto che la domanda possa essere introdotta nello stesso giudizio di annullamento fino a 120 giorni dopo il passaggio in giudicato della sentenza che annulla il provvedimento impugnato. Si specifica, infine, che il giudice nel valutare la domanda risarcitoria debba tenere conto di tutte le circostanze di fatto e del comportamento complessivo delle parti e che rigetti la domanda nel caso in cui i danni si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza in cui rientra l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Rileva, quindi, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria la proposizione dell'ordinaria azione di annullamento del provvedimento.

³¹ Conseguita alle importantissime sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 e 501 del 1999.

³² G. Verde, Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, *Dir. Proc. Amm.* 2010, p. 7

³³ Art. 30 c.p.a.

³⁴ F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, op. cit

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

Nel giudizio risarcitorio, il giudice valuta la fondatezza della pretesa in quanto il diritto al risarcimento dei danni presuppone la lesione da parte della pubblica amministrazione dell'interesse della vita sotteso all'interesse legittimo. Devono sussistere, quindi, gli elementi del fatto illecito, doloso o colposo, e dei danni ingiusti ex art. 2043 c.c. Il giudice, nel valutare tali elementi, deve sostituirsi in modo ipotetico all'amministrazione nel giudizio prognostico sull'effettiva esistenza dell'interesse legittimo. Per gli interessi legittimi di tipo pretensivo, la lesione si sostanzia in un illegittimo diniego del provvedimento richiesto oppure nell'ingiustificato ritardo nell'emanazione dello stesso, pertanto il giudice dovrà valutare se la richiesta del ricorrente avrebbe avuto un esito favorevole o meno³⁵. Tutto ciò conduce ad affermare che nel giudizio risarcitorio, grazie ai poteri istruttori ed alla valutazione di tutte le circostanze, il giudice possa effettuare un sindacato pieno ed autonomo sui fatti oggetto del giudizio.

La stessa azione di annullamento, che rimane l'azione centrale del giudizio amministrativo³⁶, sta subendo un'evoluzione. Pur essendo la disciplina codicistica rimasta nel solco della tradizione, la giurisprudenza, grazie ad una lettura sistematica dell'intera tipologia di azioni esperibili nel processo amministrativo e soprattutto del principio di effettività, ne sta dando una lettura in senso innovativo. L'art. 29 c.p.a., confermando i caratteri ormai acquisiti dell'azione di annullamento ne prevede l'esperibilità per i vizi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere nel termine di decadenza di 60 giorni. La lettura dell'art. 34 c.p.a., dedicato ai contenuti della sentenza di merito, consente di completare il quadro normativo dell'azione di

³⁵ R. Caponigro, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, 16 febbraio 2010, www.giustizia-amministrativa.it

³⁶ M. Clarich, Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo -azione di annullamento-, www.giustizia-amministrativa.it, 2010

annullamento con la previsione secondo cui in caso di accoglimento il giudice annulla in tutto od in parte il provvedimento impugnato. Viene in rilievo quindi, l'effetto tipico della sentenza di annullamento ossia l'effetto demolitorio. Accanto a questo, vi è l'effetto ripristinatorio, vale a dire, la cancellazione delle modifiche della realtà di fatto o di diritto apportate dall'atto viziato poiché, avendo l'annullamento efficacia ex tunc è necessaria l'eliminazione degli effetti giuridici prodottosi medio tempore ed il ripristino della situazione antecedente all'emanazione del provvedimento illegittimo³⁷. Per ultimo, storicamente, si è dato sempre più rilievo all'altro effetto tipico della sentenza demolitoria che è l'effetto conformativo. Ciò è avvenuto proprio perché la pronuncia di annullamento tradizionale non era capace di soddisfare in modo pieno le pretese dell'interessato. Così, da un lato con la prospettazione da parte del giudice del corretto modo di riesercizio del potere amministrativo e, dall'altro, con l'ampliamento dei poteri del giudice dell'ottemperanza si è cercato di riempire il vuoto di tutela³⁸. Tuttavia, nella prospettiva del mutato oggetto del giudizio, anche questa configurazione dell'azione caducatoria tende ad innovarsi nel senso dell'insufficienza della mera eliminazione dell'atto e della prospettazione di un accertamento sulla correttezza sostanziale del rapporto giuridico dedotto in giudizio³⁹. In quest'ottica, un nuovo filone giurisprudenziale si indirizza verso un'azione di annullamento dagli effetti c.d. flessibili⁴⁰ per cui sarebbe possibile derogare agli effetti tipici dell'azione di annullamento, ad esempio alla retroattività

³⁷ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*

³⁸ R. Dipace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, *Dir. Proc. Amm.* 2012, p. 1273

³⁹ R. Caponigro, *Una nuova stagione per la tutela degli interessi legittimi*, www.giustizia-amministrativa.it, 2012

⁴⁰ In questi termini ne parla R. Dipace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, *op. cit.*

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

della caducazione oppure all'annullamento stesso con la conservazione dei soli effetti conformativi, quando ciò risulta più idoneo alla tutela della situazione giuridica soggettiva. In particolare, il Consiglio di Stato⁴¹ pur dichiarando l'illegittimità di un piano faunistico venatorio della regione Puglia impugnato da un'associazione ambientalista, ha statuito in modo innovativo nel senso che l'accoglimento dell'azione di annullamento non comporta necessariamente effetti demolitori ma può produrre soltanto effetti conformativi sulla successiva riedizione del potere. Infatti, il Consiglio, nella decisione in esame, fissando il termine entro cui la Regione avrebbe dovuto emanare un nuovo piano faunistico, ha statuito sul mantenimento degli effetti del piano viziato fino alla sostituzione con la nuova determinazione. I giudici hanno premesso che, per regola generale fondante dei principi di giustizia amministrativa, l'accoglimento dell'azione di annullamento comporta la caducazione con effetti ex tunc del provvedimento illegittimo. Tuttavia, qualora l'applicazione di tale regola risulti incongrua, manifestamente iniqua oppure contrastante con il principio di effettività della tutela giurisdizionale⁴² vi possono essere deroghe che prevedano la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza ex nunc oppure con l'esclusione totale degli effetti dell'annullamento con la sola previsione di effetti conformativi. Le argomentazioni poste alla base di tale affermazione si riferiscono, in primo luogo, al fatto che nessuna previsione di legge esclude la possibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di determinare gli effetti della propria sentenza di accoglimento. Al contrario, si fa riferimento agli art. 121 e 122 c.p.a. i quali introducono

⁴¹ Cons. St. sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755

⁴² Nel caso di specie, l'iniquità risultava dal fatto che l'annullamento del piano avrebbe privato il territorio di qualsiasi regolamentazione quindi sarebbero stati pregiudicati interessi pubblici primari (di protezione della fauna) perseguiti dallo stesso ricorrente.

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

un'ipotesi normativa che riconosce al giudice un potere valutativo in ordine agli effetti concreti della propria pronuncia⁴³. Secondo il Consiglio, tale potere di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento va riconosciuto al giudice in termini generali. In secondo luogo, le argomentazioni si rivolgono al diritto comunitario, il quale prevede che la Corte di Giustizia possa determinare quali effetti dell'atto annullato debbano essere considerati definitivi in base all'art. 264 TFUE. Il giudice nazionale, quindi, può applicare le regole già collaudate in sede comunitaria soprattutto in materia ambientale dove vi è una competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri⁴⁴. Questa innovativa lettura sembra essere colta anche nel Codice laddove si prevede che il giudice, nel corso del giudizio, se l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, accerta l'illegittimità dell'atto qualora sussista l'interesse ai fini risarcitori⁴⁵.

4.4. Anticipazione degli effetti esecutivi in sede di cognizione: azione di adempimento e misure attuative ex art. 34, c.1, l. c), e)

Ai fini dell'analisi del ruolo sistematico del giudizio di ottemperanza,

⁴³ Potere valutativo introdotto per determinare la perduranza o meno degli effetti del contratto di aggiudicazione di appalto annullato.

⁴⁴ Altre sentenze che aderiscono all'interpretazione in esame: T.A.R. Abruzzo (Pescara), 13 dicembre 2011, n. 693; Cons. St. sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340; Per le argomentazioni della dottrina contraria a tale impostazione si veda R. Dipace, L'annullamento tra tradizione e innovazione, op. cit. secondo cui, tale nuova azione di annullamento, si pone in contrasto con il principio della domanda di parte e con il contenuto tipico costituzionalmente garantito dell'azione; dello stesso avviso R. Villata, Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo, Dir. Proc. Amm. 2011, p. 1512

⁴⁵ Art. 34, c.3, c.p.a.

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

tra le novità introdotte dal Codice in relazione ai poteri di cognizione e decisione del giudice di legittimità, importanza non marginale assume l'art. 34 lett. c) ed e). Con l'introduzione dell'azione di adempimento e della possibilità di disporre già in sede di cognizione delle misure idonee ad attuare il giudicato, compresa la nomina di un commissario ad acta, si delinea una progressiva fusione tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione⁴⁶. In particolare, si determina un'anticipazione al momento della cognizione di elementi esecutivi, prima spettanti esclusivamente al giudice dell'ottemperanza⁴⁷.

L'azione di adempimento, esclusa dal testo definitivo del Codice nel 2010, è stata espressamente introdotta mediante il secondo decreto correttivo,⁴⁸ il quale ha aggiunto all'art. 34, c.1, l. c) la previsione secondo cui "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Già prima dell'espressa previsione legislativa, l'ammissibilità di tale azione era stata teorizzata dalla dottrina⁴⁹ ed affermata dalla giurisprudenza⁵⁰. Le ragioni a sostegno di tale affermazione sono riconducibili al principio di atipicità dell'azione di condanna in quanto la pronuncia può contenere l'obbligo di adottare tutte le misure idonee a tutelare la situazione giuridica

⁴⁶ P. Carpentieri, *Esecuzione del giudicato*, op. cit.

⁴⁷ R. Caponigro, *Una nuova stagione per la tutela degli interessi legittimi*, www.giustizia-amministrativa.it, 2012

⁴⁸ D. lgs. 14 settembre 2012, n. 160

⁴⁹ Tra i molti sostenitori si veda M. Clarich, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo*, op. cit.

⁵⁰ Tra le prime sentenze ad aver ammesso l'eseribilità dell'azione di adempimento: Cons. St. Ad. Plen. 29 luglio 2011 n. 15; T.A.R. Lombardia (Milano), sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; In particolare, i giudici affermano che le previsioni dell'art. 34, c.1 lett. c) ed e) configurano un potere di condanna senza restrizioni di oggetto; tale potere è quindi modulabile, a seconda del bisogno di tutela emerso nel giudizio, attraverso un contenuto restitutorio, ripristinatorio oppure di adempimento.

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

dedotta in giudizio⁵¹. Difatti, l'Adunanza Plenaria si era espressa affermando che l'azione di condanna all'adozione del provvedimento richiesto è desumibile dalla generalità dell'azione di condanna così come prevista dall'art. 30, c.1, c.p.a.⁵² Inoltre, da una visione più ampia, l'azione di adempimento è ammessa nel sistema in virtù del principio di atipicità dell'azione amministrativa la quale, per assicurare l'effettività della tutela, esige che le domande esperibili siano configurate in modo tale da assicurare la soddisfazione degli interessi⁵³. L'azione di adempimento si delinea come un'azione di condanna dell'amministrazione ad un facere specifico, ossia, all'adozione dell'atto soddisfacente della pretesa fatta valere in giudizio. Con la sua positivizzazione è diventata uno strumento di tutela generale; prima, infatti, era prevista solo nell'ambito dell'azione avverso il silenzio della pubblica amministrazione⁵⁴. La disciplina attuale precisa che l'azione risarcitoria in forma specifica non possa essere esercitata autonomamente ma soltanto contestualmente all'azione di annullamento o avverso il silenzio⁵⁵. Per ciò che concerne

⁵¹ Ex. Art. 34, c.1, lett. c)

⁵² Cons. St. Ad. Plen. 4 agosto 2011, n. 17

⁵³ Afferma il principio di atipicità delle azioni da cui deriva una atipicità del contenuto delle pronunce amministrative il Cons. St. sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755; Cons. St. Ad. Plen. 3 e 17 del 2011 in cui si dichiara che il Codice ammette l'esperibilità di azioni dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

⁵⁴ Rileva N. Di Modugno, Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra Codice e secondo decreto correttivo, Dir. Proc. Amm. 2013, p. 791 che si verificava, in questo modo, una paradossale situazione per cui riceveva maggiore tutela il ricorrente nel caso di silenzio dell'amministrazione (per possibilità di valutare la fondatezza della pretesa e la condanna all'adozione del provvedimento richiesto nei limiti indicati dall'art. 31 c.p.a) rispetto al caso in cui l'amministrazione avesse agito con l'emanazione di un provvedimento espresso.

⁵⁵ G. Passarelli, L'azione di adempimento, prima delineata dalla giurisprudenza e poi disciplinata dal legislatore, in "Temi di diritto amministrativo – orientamenti didattici" A.A. V.V., Editoriale Scientifica, 2014, in www.lexenia.it, individua il motivo di tale limitazione nel fatto che altrimenti la pubblica amministrazione sarebbe estromessa dall'esercizio in via principale di una propria funzione.

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

l'ampiezza dell'azione, l'art. 34 rinvia ai limiti dell'art. 31, c. 3, quindi, la pronuncia di condanna in commento viene circoscritta ai casi di attività vincolata o quando non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità amministrativa e non sono necessari ulteriori adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione. Il limite è, dunque, relativo a quei casi in cui all'amministrazione spetti l'esercizio di potere discrezionale o tecnico discrezionale⁵⁶. Secondo la dottrina maggioritaria⁵⁷, tale esclusione è legittima poiché se venisse consentita la pronuncia di condanna all'adozione del provvedimento richiesto, anche nei casi in cui all'amministrazione residuino poteri discrezionali, costituirebbe un'illegittima attribuzione di poteri al giudice amministrativo ed un'elusione al principio di tassatività dei casi di giurisdizione di merito. Tuttavia, l'ampiezza dell'attività vincolata risulta maggiore dato che il giudice può procedere alla condanna in forma specifica anche quando l'istruttoria svolta nel procedimento amministrativo è completa; quando tutti i fatti sono stati accertati; quando non vi sono da compiere ulteriori verifiche o valutazioni⁵⁸.

Per ciò che concerne la previsione dell'art. 34, c. 1, lett. e), secondo cui il giudice “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” è

⁵⁶ Si esclude da tale categoria il provvedimento che si configura come mero accertamento tecnico in quanto ci si affida a criteri derivanti dalle c.d. scienze esatte, tali da comportare una utilizzazione oggettiva priva di qualsiasi margine valutativo o di opinabilità. D. Giannini, Il sindacato giurisdizionale sulla attività discrezionale della p.a., in approfondimenti www.jusexplorer.it

⁵⁷ P. Carpentieri, Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo), *Dir. Proc. Amm.* 2013, p. 385

⁵⁸ L. Torchia, Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo, *Relazione al 56° Convegno degli studi amministrativi di Varenna, 2010*, in www.irpa.eu

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

evidente che viene introdotto un importante mezzo di esecutivo dal carattere atipico, simile a quello già previsto in sede di ottemperanza. Si hanno, così, tutti gli strumenti necessari per realizzare il contenuto della pronuncia potendo eventualmente evitare l'istaurazione dello stesso giudizio di ottemperanza. Tra le misure esecutive da disporre in sede di cognizione, oltre ai criteri e modalità materiali di attuazione, si ritiene possa essere utilizzata anche la penalità di mora (c.d. *astreintes*), ossia la condanna al pagamento di somme di denaro per ogni ulteriore violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del giudicato⁵⁹. Portata di innovazione sostanziale ricopre anche la previsione della nomina del Commissario ad acta in fase di cognizione⁶⁰. Secondo la giurisprudenza, in base al principio di riserva dell'amministrazione pubblica, secondo cui spetta ad essa, anche quando un suo precedente atto è stato annullato, emanare i provvedimenti ulteriori che rientrano nella sua competenza, la mera soccombenza nel giudizio di cognizione non è sufficiente a giustificare la nomina del Commissario. Infatti, è indispensabile che alla soccombenza faccia seguito anche l'inerzia quindi, il giudice dovrà fissare un termine entro il quale l'amministrazione ottemperi la sentenza soltanto alla scadenza di tale termine potrà subentrare il Commissario⁶¹. Il tema strettamente connesso all'azione di adempimento è il suo riverbero sulla tradizionale costruzione bifasica del processo amministrativo. Con l'introduzione di elementi esecutivi già in fase di cognizione, l'evoluzione del processo potrebbe dirigersi verso l'esaurimento dell'intera discrezionalità residua dell'amministrazione nella stessa fase di cognizione⁶². Infatti, l'azione di adempimento

⁵⁹ T.A.R. Marche, Sez. I, 3 luglio 2015, n. 570

⁶⁰ Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione ed ottemperanza, op. cit.

⁶¹ Cons. St. sez. V, 10 febbraio 2015, n. 693

⁶² G. Verde, Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, *Dir. Proc. Amm.*, 2010, p. 7. Per le obiezioni a questa prospettiva, si

Giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione nell'ottica dell'effettività della decisione. Verso un possibile superamento del giudizio di ottemperanza?

consente, nei limiti sopra visti, di esplicitare già nel dispositivo della sentenza gli effetti conformativi e ripristinatori e di concentrare in un'unica fase processuale l'intera attività di cognizione. Ciò perché, l'azione ha come presupposto la definizione del rapporto sostanziale dato dalla verifica, da parte del giudice, dell'esistenza concreta dei presupposti e requisiti in base ai quali il ricorrente è legittimato ad ottenere il provvedimento richiesto.

veda P. Carpentieri, Azione di adempimento e discrezionalità tecnica, cit. secondo cui la condanna ad un adempimento vincolato senza un'ulteriore fase di riesercizio conforme da parte dell'amministrazione ha come conseguenza: a) la trasformazione dell'intera giurisdizione amministrativa in una giurisdizione di merito non concessa dal Codice; b) l'assolutizzazione della giurisdizione, la quale diventa di carattere oggettivo ed ingloba la funzione amministrativa sostituendosi all'amministrazione; c) la resa della funzione amministrativa come qualcosa di occasionale; d) il tradimento della ratio stessa dell'amministrazione e della separazione fra poteri.

5. Conclusioni

Dopo aver esaminato l'evoluzione storica, la disciplina codicistica e l'applicazione giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza, è possibile giungere a formulare alcune conclusioni relative al suo attuale ruolo e alcune ipotesi relative alla sua futura evoluzione.

Il percorso storico seguito dall'istituto mostra come esso sia stato, ed ancora attualmente lo è, un'importante strumento di garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale. Per molto tempo, laddove il giudizio di cognizione risultava carente nella definizione della tutela del cittadino, è intervenuto il giudice dell'ottemperanza, che grazie ai suoi poteri derivanti dalla giurisdizione di merito ha avuto la capacità di dare una forma più compiuta e piena alla tutela giurisdizionale. Come affermava già risalente giurisprudenza¹, la creazione in via pretoria del giudizio di ottemperanza, ha rappresentato una delle creazioni di maggior importanza per l'affermarsi della giurisdizione del giudice amministrativo come garante dell'effettività giurisdizionale.

Tuttavia, la parabola ascendente del giudizio, il quale nato come strumento di attuazione delle sole pronunce del giudice ordinario e diventato strumento esecutivo di carattere generale, sembra oggi essersi arrestata. Da un lato, il Codice, pur offrendo per la prima volta una disciplina compiuta della fattispecie esaminata, rimane comunque nel solco della tradizione ripercorrendo quelli che erano i risultati a cui era arrivata la giurisprudenza prima dell'emanazione del Codice. Ed anche introducendo alcuni spunti innovativi, come l'ottemperanza di chiarimenti ed il risarcimento dei danni derivanti dall'elusione o violazione del giudicato, la ricostruzione sistematica legittima ancora

¹ Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 419

aspetti tradizionali come la ricostruzione bifasica del processo amministrativo e la tripartizione della giurisdizione amministrativa. D'altra parte, la giurisprudenza, tranne in alcuni sporadici casi, non dà un'interpretazione in senso innovativo delle disposizioni del Codice. Dall'esame, seppur non completo od esaustivo, effettuato della giurisprudenza più recente sul giudizio di ottemperanza, è emerso il carattere spesso incompleto della tutela offerta in tale fase, in ragione di una sentenza amministrativa da attuare superficiale e non approfondita. Il mancato accertamento di quello che è il rapporto giuridico connesso all'interesse leso e della spettanza del bene della vita conducono ad un effetto conformativo debole a cui si connette un ampio spazio per la riedizione del potere amministrativo.

Il ruolo del giudizio di ottemperanza, come giurisdizione di merito, è infatti strettamente legato all'esplicazione degli effetti conformativi contenuti nella sentenza da eseguire. Ma se il giudice di cognizione, nella motivazione della sentenza, non indirizza in modo esaustivo la successiva attività dell'amministrazione, lo stesso giudizio di esecuzione avrà difficoltà ad offrire una tutela completa dato che trova i suoi limiti nel giudicato stesso. Per questa ragione, l'approfondimento di quelle che sono state le novità introdotte dal Codice nel giudizio di legittimità, consentono di rivalutare i rapporti fra le due fasi del giudizio. Difatti, considerando i notevoli passi in avanti compiuti dal Codice in relazione al giudizio di cognizione, si pongono dubbi sulla reale utilità dell'attuale funzione svolta dal giudizio di ottemperanza. Si tratta di una funzione connessa alla tradizionale teoria del giudicato a formazione progressiva in cui la cognizione del giudizio di legittimità deve essere integrata in fase di esecuzione. Per questo motivo è ancora attuale la configurazione del giudizio di ottemperanza come giudizio di natura mista, esecutiva e cognitiva, volta a specificare le statuizioni contenute nella sentenza ed a darne concreta esecuzione.

Tuttavia, i nuovi orizzonti aperti dal Codice nel giudizio di cognizione, ossia l'ampliamento dei mezzi istruttori, i nuovi poteri di accertamento e di condanna, fanno presupporre un possibile superamento della teoria del giudicato a formazione progressiva. Questa teoria, nata per sopperire alle originarie limitazioni del processo amministrativo, incentrato su un'unica azione (quella di annullamento) ed avente ad oggetto l'atto piuttosto che il rapporto, potrebbe essere lentamente dimenticata. La concezione del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di cognizione potrebbe essere superata dal fatto che una sentenza di piena cognizione, come si prospetta possa essere la sentenza amministrativa, può evitare incertezze sul contenuto. Diventerebbe, quindi, inutile una successiva fase di integrazione della stessa. Come afferma autorevole dottrina, infatti, la disciplina del processo di legittimità potrà essere migliorata e resa più idonea allo scopo della funzione ma, già oggi, conferisce al giudice che abbia la volontà di usarli poteri tali da assicurare alla parte lesa la completa soddisfazione della propria pretesa².

In definitiva, ad oggi, considerando una certa ritrosia della giurisprudenza ad essere più audace nell'applicazione delle novità introdotte dal Codice, rimane importante la funzione svolta dal giudizio di ottemperanza. Tale giudizio è l'unico che riesce a garantire un vero sindacato sul rapporto e di conseguenza ad indirizzarsi verso una tutela piena ed effettiva. Se però si volge lo sguardo al futuro, ciò che si potrebbe auspicare ed ipotizzare nella futura evoluzione dell'istituto, sempre nell'ottica di una maggiore effettività, concentrazione e pienezza della tutela, è un cambiamento di direzione. Un cambiamento che si sostanzia nel configurare sempre più il

² F.G. Scoca, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti sul processo amministrativo, op. cit.

giudizio di ottemperanza come giudizio di sola esecuzione, similmente all'esecuzione civile, senza però negare peculiarità proprie del giudizio amministrativo. Questo cambiamento è consentito solamente se accompagnato da un giudizio di cognizione ampliato, avente ad oggetto il rapporto giuridico nella sua interezza e poteri decisionali più incisivi. In questa ottica sembra indirizzarsi il Codice con la previsione dell'azione di adempimento, di accertamento e della possibilità di disporre già in questa fase misure attuative del giudicato.

A questa prospettiva un grande impulso potrebbe derivare dall'opera della giurisprudenza, non solo nazionale ma anche comunitaria. Così come essa è stata determinante per la nascita dell'istituto in esame e per la delineazione dei suoi più importanti caratteri, allo stesso modo potrà avere un ruolo dirimente nella futura evoluzione. Se la effettiva tutela giurisdizionale è volta ad attuare i connessi principi di concentrazione e pienezza della stessa, un giudizio di cognizione pieno, senza un giudizio di ottemperanza indispensabile per integrare le lacune del primo, può garantire il soddisfacimento della pretesa del ricorrente in tempi certamente più brevi e quindi, anche economicamente meno gravosi per il privato. Infatti, considerando che i costi del processo, sempre in aumento, costituiscono un reale ostacolo all'accesso alla giustizia³, poter fare a meno di una fase del processo amministrativo, può costituire un effettivo vantaggio per il cittadino.

La spinta verso un giudizio di cognizione sempre più volto al pieno accertamento è data anche dalla nozione di full jurisdiction, elaborata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dagli anni '80. Infatti, per garantire l'attuazione del giusto processo ex art. 6 par. 1 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il quale

³ F.G. Scoca, Il costo del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 546

prevede che “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti[.]” si fa riferimento al concetto di piena giurisdizione. Ciò significa che il cittadino deve avere a disposizione un Tribunale con giurisdizione sul merito delle questioni⁴, ossia, nel nostro caso, un accertamento pieno del giudice amministrativo su tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la risoluzione della controversia, senza condizionamenti derivanti dai precedenti accertamenti effettuati dall’amministrazione⁵. Certamente vengono in rilievo i problemi connessi all’area di insindacabilità dell’azione amministrativa. I problemi teorici dell’area del c.d. merito amministrativo sono molto ampi ma si può notare una certa tendenza ad una delimitazione sempre maggiore dell’area di insindacabilità confermata da un importante, seppur per adesso minoritario, indirizzo della Corte di Cassazione secondo cui “anche sulla spinta evolutiva del diritto comunitario, i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione, si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principi fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l’area del merito amministrativo, insindacabile”⁶.

La stessa inclusione del giudizio di ottemperanza nella categoria della giurisdizione di merito potrebbe avere nuovi sviluppi. La sempre

⁴ CEDU, Plenaria, 8 luglio 1987, n. 9749/82 W. v United Kingdom

⁵ F. Goisis, La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti, Dir. Proc. Amm. 2015, p. 546

⁶ Cass. SS.UU. 16 gennaio 2014, n. 774

minore utilità di tale categoria e l'evoluzione del giudizio amministrativo verso la giurisdizione unica prospetta un'eliminazione dell'autonoma categoria di merito. Il giudizio di ottemperanza inteso come giurisdizione di merito è un vero giudizio sul rapporto. Tuttavia, il giudizio di cognizione si sta delineando come giudizio avente ad oggetto l'interesse sostanziale e i rapporti giuridici fra le parti. Ciò, per esempio, si nota nel giudizio contro il silenzio e nel giudizio di condanna al risarcimento dei danni, anche in forma specifica. L'eventuale eliminazione della giurisdizione di merito, dato che l'utilità attuale non è ben chiara, non significa necessariamente una minore tutela per il cittadino poiché si potrebbero raggiungere gli stessi risultati con gli strumenti previsti per la giurisdizione generale di legittimità. Il giudizio di ottemperanza, in questo modo, potrebbe mantenere caratteristiche proprie ed una disciplina autonoma senza essere incluso in tale categoria. Si può porre il problema della necessità di mantenere uno dei capisaldi della giurisdizione di merito, ossia il potere di sostituzione, modifica o riforma da parte del giudice del provvedimento illegittimo. Ma, così come qualche sporadico e stravagante intervento dottrinario rileva, ci si può domandare perché in un sistema che tende all'effettività e celerità della tutela non sia possibile per il giudice di legittimità invece che, annullare e rinviare all'amministrazione, sostituire già l'atto giusto con quello viziato. La riserva di esercizio di poteri dell'amministrazione in realtà è stata già esercitata nel procedimento, laddove si prevede che vi sia già una completa valutazione delle ragioni di pubblico interesse. Ulteriori margini di riesercizio del potere possono essere visti come un privilegio ingiustificato⁷.

⁷ G. Verde, Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, Dir. Proc. Amm. 2010, p. 7

Concludendo, non si può negare il rilevante ruolo che il giudizio di ottemperanza attualmente detiene nell'assicurare l'attuazione del giudicato e quindi, la trasposizione nella realtà materiale delle regole di diritto individuate in sede giurisdizionale. Ma vi sono segni per un possibile sviluppo e superamento dei tradizionali modi di configurare tale giudizio che lo indirizzano verso un processo di sola esecuzione che costituisce, per certi aspetti, un ritorno alle origini della sua funzione originaria⁸. Da ciò, si prospetta un processo amministrativo in cui l'effettività della tutela si sposta alla fase di cognizione, con un risparmio temporale ed economico ed un giudizio di ottemperanza il quale individua in concreto i mezzi più adatti per il riesercizio del potere, già ben delimitato nella precedente fase di cognizione. O addirittura, l'utilizzo di strumenti esecutivi da parte del giudice di legittimità che consentono al privato di evitare l'introduzione di un'ulteriore fase processuale. L'anticipazione degli effetti esecutivi in sede di cognizione, non avrebbe importanza secondaria tenendo presente, anche, il considerevole tempo impiegato dalla giustizia italiana per concludere i procedimenti giurisdizionali.

⁸ A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, op. cit. p. 210

Bibliografia

AA.VV., Giustizia amministrativa, a cura di F.G. Scoca, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014

M. Antonioli, Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza, Dir. Proc. Amm., 2011, p. 1291

F. Bartolomei, Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 1987

C. Cacciavillani, Giudizio amministrativo e giudicato, Padova, 2005

C. Calabrò, L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo, Riv. trim. dir. publ. 1981, p. 1167

A. Carbone, L'azione di adempimento nel processo amministrativo, G. Giappichelli, Torino, 2012

F. Cammeo, L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A, Giur. It. 1937, III, c. 65

R. Caponigro, La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo, relazione per il seminario di studi "Il giudizio amministrativo tra codificazione, class action e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici", organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, in Roma, 9 febbraio 2010, in www.giustizia-amministrativa.it

R. Caponigro, Una nuova stagione per la tutela degli interessi legittimi, www.giustizia-amministrativa.it, 2012

P. Carpentieri, Esecuzione del giudicato, 13 ottobre 2012, www.giustizia-amministrativa.it

P. Carpentieri, Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del Codice del processo amministrativo), Dir. Proc. Amm. 2013, p. 385

A. Cerreto, Il nuovo volto dell'ottemperanza, in Il nuovo diritto amministrativo, n.2/3, 2012

V. Cerulli Irulli, Lineamenti del diritto amministrativo, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014

F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, Dir. Proc. Amm. 2004, p. 985

M. Clarich, *Effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, Dir. Proc. Amm., 1998, p. 523

M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011

M. Clarich, G. Urbano, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, Giur. It. 2014, p. 7

M. Clarich, *Commento all'art. 29 del Codice del processo amministrativo -azione di annullamento-*, www.giustizia-amministrativa.it, 2010

G. Cocozza, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza, nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, Dir. Proc. Amm. 2001, 1321

A. Corsaro, *Il giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, Foro Amm. C.d.S. 2007, p. 1053

F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo: contributo allo studio dei profili evolutivi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013

L. Lamberti, *Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza*, (nota a sentenza), Foro Amm. CdS. 2002, p. 2599

P. De Lise, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, Testo dell'introduzione al Convegno sullo statuto del provvedimento amministrativo, promosso dalla SEPA, Scuola Eugubina di pubblica amministrazione, svoltosi a Spoleto nei giorni 17 e 18 ottobre 2008, in www.giustizia-amministrativa.it

M. De Simone, *Gli incerti contorni del giudizio di ottemperanza, fra effetti conformativi del giudicato e sindacato giurisdizionale*, Giurisp. Merito, 2012, p. 202

P. De Leonadis, *L'ottemperanza nell'amministrazione tra imparzialità e commissario ad acta*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995

A.F. Delitala, Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza», Foro amm. CdS, 2013, p. 1853

N. Di Modugno, Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra Codice e secondo decreto correttivo, Dir. Proc. Amm. 2013, p. 791

R. Dipace, L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo, Dir. Proc. Amm. 2012, p. 1273

R. Fazzi, Ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura giuridica e giudizio di ottemperanza, in www.iusexplorer.it

L. Felletti, I primi cinque anni della class action amministrativa, Responsabilità Civile e Previdenza, 2015

B. Fenni, Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la sua progressiva giurisdizionalizzazione, in www.ildirittoamministrativo.it

L. Ferrara, Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare, Dir. Proc. Amm. 2013, p. 617

S. Giacchetti, Il Giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa, 1988, in www.lexitalia.it

B. Giliberti, Il merito amministrativo, Cedam, Padova, 2013

L. Giani, Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano), Dir. Amm. 2014, p. 535

D. Giannini, Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo, Milano, Giuffrè, 2011

D. Giannini, Il sindacato giurisdizionale sulla attività discrezionale della p.a., www.jusexplorer.it

F. Goisis, La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzioni e nodi irrisolti, Dir. Proc. Amm. 2015, p. 546

F.P. Griffi, Forma e contenuto della sentenza amministrativa, Dir. Proc. Amm. 2015, p. 17

M. Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione ed ottemperanza, www.federalismi.it, n. 18, 6 ottobre 2010

V. Lopilato, Esecuzione e cognizione nel giudizio di ottemperanza, relazione tenuta all'incontro di studio "Il Processo amministrativo nella giurisprudenza", il 3 ottobre 2012, presso T.A.R. Lazio, Roma, in web

A. Lupo, L'effettività della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi tra obbligo di conformazione al decisum amministrativo e limiti oggettivi all'esperibilità dell'azione di ottemperanza, Foro amministrativo C.d.S, 2009, p. 2621

G. Mancoso, Luci e ombre in tema di ottemperabilità della decisione resa su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, 16 novembre 2011, in www.federalismi.it

G. Mari, Il giudizio di ottemperanza, in AA.VV. Il nuovo processo amministrativo, studi e contributi, Giuffrè Editore, 2013

P. Montone, La nozione di giudicato a formazione progressiva ed il rapporto con la sopravvenuta disciplina comunitaria, 2 marzo 2016, in www.justowin.it Direzione scientifica Serafino Ruscica

G. Morano, Il Ricorso Straordinario al Presidente della Repubblica, novità legislative e osservazioni giurisprudenziali, 13 settembre 2010, in www.altalex.it

V. Neri, Il giudizio di ottemperanza, Testo della relazione tenuta il 20 gennaio 2015 presso la Scuola Superiore della Magistratura, www.giustizia-amministrativa.it

M. Nigro, Giustizia amministrativa, Il Mulino, 2002

M. Nigro, Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza, in Aa.Vv., Il giudizio di ottemperanza, Milano, 1983

G. Parola, Il giudizio di ottemperanza dopo 80 anni ancora paladino dei diritti del cittadino, Giurisprudenza Italiana, 2007, p. 12

G. Passarelli, L'azione di adempimento, prima delineata dalla giurisprudenza e poi disciplinata dal legislatore, in "Temi di diritto amministrativo – orientamenti didattici" A.A. V.V., Editoriale Scientifica, 2014, in www.lexenia.it

A. Pajno, I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale, Rivista di Diritto Pubblico Comunitario, f. 3, 4, 2015, p. 747

S. Pelillo, Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 1990

A. Police, Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo, in Studi in Onore di Alberto Romano, II, Napoli, 2011, 1437 e ss., vol.2

A. Police, Giurisdizione di merito, in Diritto on line, Treccani, 2015

R. Proietti, Giudizio di ottemperanza, ecco le garanzie, Diritto e Giustizia, 2006, p. 76

M. Provenzano, Azionabilità del rimedio dell'ottemperanza per le sentenze autoesecutive, 23 ottobre 2013, www.federalismi.it

P. Pucciariello, L'esecuzione della sentenza amministrativa passata in giudicato tra processo esecutivo e processo di cognizione: la cognizione estesa al rapporto muta la natura dell'ottemperanza?, Esecuzione Forzata, 2008, n. 4

A. Quaranta, V. Lopilato, Il processo amministrativo-Commentario al D. lgs. 104/2010, Giuffrè Editore, 2011

C. Santino, La giurisdizione estesa al merito, i poteri del giudice amministrativo e l'ottemperanza di chiarimento, Riv. Scienze Sociali, 3 settembre 2013

F. Salvia, Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio), Foro Amm. C.d.S., 2009, p. 1601

M.A. Sandulli, Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012

A. Sandulli, Diritto processuale amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 2007

B. Sassani, Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, Milano, Giuffrè Editore, 1997

M.E. Schiania, I poteri del giudice amministrativo nella fase di esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione, 2003, in www.giustizia-amministrativa.it

F.G. Scoca, Il costo del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 546

F.G. Scoca, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 847

G. Soricelli, Il giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo amministrativo e i decreti correttivi, in www.federalismi.it, 2013

N. Spadaro, Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza, Foro Amm., Cons. di St., 2013, p. 1865

G. Romeo, L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?, Dir. Proc. Amm. 2004, p. 653

C. Russo, F. Fornataro, Le azioni nel codice del processo. Termini, condizioni e forme di proposizione., Giuffrè Editore, 2013

P. Tanda, Le nuove prospettive del ricorso straordinario del Capo dello Stato, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014

S. Tarullo, Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo, contributo redatto per il volume, Giustizia amministrativa, a cura di F.G. Scoca, G. Giappichelli Editore, Torino 2014

R. Tassone, Sulle vicende del concetto di "merito", Dir. Amm., 2008, p. 517

L. Torchia, Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo, Relazione al 56° Convegno degli studi amministrativi di Varenna, 2010, in www.irpa.eu

A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, G. Giappichelli Editore, 2014

D.F.G. Trebastoni, Il giudizio di ottemperanza: difficoltà pratiche e proposte di riforma, 30 ottobre 2009, www.giustizia-amministrativa.it

M. Trimarchi, Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/ 2013, Dir. Proc. Amm., 2015, p. 393

G. Tropea, L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione, Dir. Proc. Amm., 2011

F. Tuffarelli, La natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione emessa a seguito del ricorso straordinario al Capo dello Stato, Rivista www.amministrativamente.com, 2013, n. 9

G. Vacirca, La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

S. Valaguzza, Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta, Dir. Proc. Amm., 2015

G. Verde, Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice, Dir. Proc. Amm. 2010, p. 7

A. Verrando, Note in tema di potere del giudice dell'ottemperanza ed effettività della tutela, Giur. It., 1992

A. Verrando, Atti di elusione e atti di violazione del giudicato innanzi al giudice dell'ottemperanza: definitivo superamento di una inutile dicotomia?, Giurisprudenza Italiana, 1992, n. 7

L. Viola, Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza, Riv. It. Dir. Pubbl. comunit., 2012, p. 579

L. Viola, Ricorso straordinario al Presidente della repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico, Foro Amm. T.A.R., 2011, p. 1139

R. Villata, Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo, Dir. Proc. Amm. 2011, p. 1512

G. Virga, Il paradosso del ricorso straordinario, 6 marzo 2011, in www.lexitalia.it

G. Virga, Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità, Dir. Proc. Amm. 1990, p.124

C. Volpe, Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?, relazione del seminario di studi organizzato dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria e altri, dal titolo "Il nuovo processo amministrativo", svoltosi a Catanzaro il 20 febbraio 2015, in www.giustizia-amministrativa.it

F.O. Zuccaro, *Il giudizio di ottemperanza: Codice delle fonti giurisprudenziali*, Maggioli editore, 1994

Giurisprudenza

Corte Costituzionale

Corte Cost. 30 giugno 1988, n. 743
Corte Cost. 6 febbraio 1993, n. 55
Corte Cost., 21 luglio 2004, n. 254
Corte Cost. 21 marzo 2005, ord. n. 122
Corte Cost. 25 gennaio 2006, ord. n. 44
Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 73
Corte Cost. 12 dicembre 1998, n. 406
Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 419

Corte di Cassazione

Cass. SS.UU., 16 gennaio 2014, n. 774
Cass. SS.UU., 9 novembre 2011, n. 23302
Cass. SS.UU., 24 giugno 1891, n. 460
Cass. SS.UU., 8 luglio 1953 n. 2157
Cass. SS.UU., 18 settembre 1970, n. 1563
Cass. SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065
Cass. SS.UU., 2 ottobre 1953, n. 1953
Cass. SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978
Cass. SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065
Cass. SS.UU., 18 dicembre 2001, n. 15978
Cass. SS.UU., 28 gennaio 2011, n. 2065
Cass. SS.UU., 7 febbraio 2011, n. 2818

Consiglio di Stato

Cons. St. Ad. Plen., 14 luglio 1978, n.23
Cons. St. Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23
Cons. St. Ad. Plen., 1 aprile 1980, n. 10

- Cons. St. Ad. Plen., 27 ottobre 1969, n. 27
Cons. St. Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 2
Cons. St. Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18
Cons. St. Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9 e 10
Cons. St. Ad. Plen., 30 luglio 2008 n. 9
Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2
Cons. St. Ad. Plen., 2 giugno 1983, n. 15
Cons. St. Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23
Cons. St. Ad. Plen., 29 luglio 2011 n. 15
Cons. St. Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17
Cons. St. Ad. Plen. 9 febbraio 2016, n. 2
Cons. St. Ad. Gen. Parere 10 giugno 1999, n. 9
Cons. St. sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4203
Cons. St. sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1511
Cons. St. sez. V, 2 ottobre 1933, n. 566
Cons. St. sez. V, 23 agosto 1934, n. 810
Cons. St. sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49
Cons. St. sez. IV, 2 marzo 1928, n. 181
Cons. St. sez. V, 12 maggio 1937, n. 616
Cons. St. sez. V, 1934, n. 810
Cons. St. sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 848
Cons. St. sez IV, 27 gennaio 2015, n. 362
Cons. St. sez. V, 21 agosto 2009, n. 5013
Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2008, n. 976
Cons. St. sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409
Cons. St. sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4604
Cons. St. sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 6773
Cons. St. sez. V, 8 settembre 2011, n. 5045
Cons. St. sez I, 20 maggio 2013, ord. n. 269
Cons. St. sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699
Cons. St. sez. VI, 10 giugno 2011, n. 3513
Cons. St. sez. V, 16 giugno 2010, n. 3800
Cons. St. sez. V, 19 maggio 2009, n.3070
Cons. St. sez V, 20 maggio 2008, n. 2360
Cons. St. sez. V, 4 marzo 2008, n. 849

- Cons. St. sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7898
Cons. St. sez IV, 10 luglio 2014, n. 3539
Cons. St. sez V, 26 agosto 2015, n. 3539
Cons. St. sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141
Cons. St. sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339
Cons. St. sez, IV, 4 aprile 1991, n. 232
Cons. St. sez. V, 6 novembre 2015, n. 5075
Cons. St. sez. VI, 15 agosto 2015, n. 4299
Cons. St. sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834
Cons. St. sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602
Cons. St. sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6835
Cons. St. 12 aprile 2007, n. 1719
Cons. St. sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843
Cons. St. sez. V, 22 ottobre 2012, n. 5397
Cons. St. sez. V, 31 dicembre 2008, n. 6733
Cons. St. sez. VI, 11 marzo 2008, n. 1039
Cons. St. sez. VI, ord. 5 aprile 2012, n. 2024
Cons. St. sez. IV, 6 aprile 2016, nr. 1348
Cons. St. sez IV, 18 aprile 2013, n. 2160
Cons. St. sez. V, 14 aprile 2016, n. 1497
Cons. St. sez. V, 22 gennaio 2015, n. 248
Cons. St. sez. V, 30 agosto 2013, n. 4322
Cons. St. sez. V, 23 novembre 2007, n. 6018
Cons. St. sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607
Cons. St. sez IV, 19 marzo 2914, n. 1344
Cons. St. sez. V, 24 gennaio 2013, n. 462
Cons. St. sez. V, 9 ottobre 2006, n. 5995
Cons. St. sez. IV, 6 marzo 2012, n. 1264
Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569
Cons. St. sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187
Cons. St. sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5727
Cons. St. sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 275
Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4978
Cons. St., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187
Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018

Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633
Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4539
Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134
Cons. St. sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4604
Cons. St. sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4638
Cons. St. sez. III, 7 luglio 2009, n. 6042
Cons. St. sez. V, 16 aprile 2014, n. 1937
Cons. St. sez. V, 8 giugno 2011, n. 3476
Cons. St. sez. IV, 2002, n. 5352
Cons. St. sez. VI, 14 novembre 2011, n. 6001
Cons. St. sez. IV, 13 gen 2015, n. 52
Cons. St. sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3347
Cons. St. sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5154
Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796
Cons. St. sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 748
Cons. St. sez. VI, 26 giugno 2013 n. 3517
Cons. St. sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131
Cons. St. sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587
Cons. St. sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037
Cons. St. sez. VI, 27 dicembre 2011. n. 6849
Cons. St. sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755

T.A.R.

T.A.R. Lecce (Puglia), 2008, n. 3342
T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 2010, n. 69100
T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. I, 21 gennaio 2013, n. 63
T.A.R. Lazio, sez. II, 16 gennaio 2002
T.A.R. Napoli (Campania), sez. II, 8 marzo 2016, n. 1268
T.A.R. Puglia (Lecce), Sez. I, 24 febbraio 2011, n. 367
T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. I, 9 novembre, 2005, n. 5000
T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. I, 7 ottobre 2003, n. 2431
T.A.R. Lecce (Puglia), 24 maggio 2012, n. 928
T.A.R. Lecce (Puglia), sez. I, 13 gennaio 2015 n. 149
T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 24 gennaio 2012, n. 47

- T.A.R. Catania, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 2951
T.A.R. Genova, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 835
T.A.R. Venezia, sez. I, 24 settembre 2013, n. 1129
T.A.R. Catania sez. III, 17 dicembre 2015, n. 2951
T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 16 gennaio 2002, n. 413
T.A.R. Catania (Sicilia), sez. I, 11 settembre 2013, n. 2215;
T.A.R. Campobasso, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 63
T.A.R. Milano, Lombardia, sez. III, 17 febbraio, 2016, n. 338
T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312
T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157
T.A.R. Puglia (Bari), sez. I, 10 gennaio 2007, n. 47
T.A.R. Puglia (Bari), sez. III, 13 luglio 2009, n. 1832
T.A.R. Puglia (Bari), sez. III, 22 marzo 2011, n. 44
T.A.R. Salerno, sez. II, 11 settembre, 2015, n. 1850
T.A.R. Salerno, sez. II, 13 dicembre 2013, n. 2477
T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, 17 dicembre 2013, n. 10910
T.A.R. Toscana (Firenze), sez. II, 30 luglio 2012, n. 1401
T.A.R. Roma (Lazio), sez. I, 5 novembre 2013, n. 9403
T.A.R. Lazio, sez. II, 2 aprile 2013, n. 3299
T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802
T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 29 marzo 2011, n. 2750
T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 2 gennaio 2013, n. 3
T.A.R. Calabria, sez. II, 6 febbraio 2013 n. 127
T.A.R. Calabria, sez. II, 7 febbraio 2014 n. 248
T.A.R. Napoli (Campania), sez. II, 14 gennaio 2015, n. 220
T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1881
T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. III, 21 luglio 2015, n. 1787
T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. I, 2012, n. 864
T.A.R. Catanzaro (Calabria), sez. II, 5 marzo 2015, n. 473
T.A.R. Lombardia (Milano), sez. III, 6 aprile 2011, n. 904
T.A.R. Lombardia (Milano), sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

C.G.A., 17 giugno 1982, n. 24

Bibliografia

C.G.A., 19 ottobre 2005, n. 695

C.G.A., 9 giugno 2014, n. 319

Altri

Corte di Giustizia Unione Europea, sez. V, 16 ottobre 1997, cause riunite C-69/96 e C-79/96

Corte di Giustizia Unione Europea, 10 luglio 2014, C-213/13

CEDU, Plenaria, 8 luglio 1987, n. 9749/82 W. v United Kingdom