

Il nuovo giudizio di ottemperanza: nella pratica e nella giurisprudenza

*Antonio Tallarida**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Origine storica - 3. Evoluzione dell'istituto - 4. Il nuovo giudizio di ottemperanza - 5. Oggetto del giudizio - 6. Giudice competente - 7. Procedimento - 8. La decisione - 9. Il Commissario ad acta - 10. Impugnazioni - 11. Titolo esecutivo - 12. La riedizione del potere amministrativo.

1. Premessa.

Spesso vincere il ricorso non è sufficiente, perché quando la pronuncia del Giudice non è autoesecutiva, occorre che l'Amministrazione soccombente si attivi, riprenda il procedimento amministrativo e lo concluda.

Così, ad esempio, se il diniego di autorizzazione di polizia o di concessione edilizia è stato annullato, questo non basta per poter esercitare l'attività o costruire l'immobile. È necessario infatti che l'Amministrazione si conformi alla sentenza di annullamento del diniego e provveda a rilasciare, nel concorso di tutti i requisiti di legge e di regolamento, l'autorizzazione o la concessione richieste, ossia proprio ciò che era stato illegittimamente negato.

Ma non è tutto così semplice. Perché l'Ente, che mantiene il potere di provvedere, potrebbe restare inerte o magari respingere nuovamente la richiesta per altri motivi o invece adottare un nuovo provvedimento contrario o elusivo del giudicato ovvero potrebbe non essere più possibile svolgere l'attività o costruire (magari per intervenuti mutamenti della normativa) o potrebbe, per il tempo trascorso, non essere questo più nell'interesse dello stesso ricorrente. Nasce da qui il problema non semplice della riedizione del potere amministrativo e dei suoi limiti, su cui si è esercitata tanta parte della giurisprudenza amministrativa ancora di recente.

A queste evenienze è deputato a sovvenire il giudizio di ottemperanza, che appunto serve a far ottenere, possibilmente, all'interessato quel bene della vita, quell'utilità cui tendeva e quindi a poter costruire ovvero aprire un negozio, o conseguire un impiego o un passaggio di carriera, o vincere un appalto pubblico o, qualora ciò non sia oggettivamente più possibile, ottenere almeno un risarcimento per equivalente.

Tale giudizio, nelle sue forme attuali, è il risultato di una lunga elaborazione giurisprudenziale, tutt'altro che conclusa, tesa a realizzare in pratica il *dictum* della sentenza.

(*) Già Vice Avvocato Generale dello Stato.

2. Origine storica.

Il problema della effettività della pronuncia si è posto sin dalla nascita dell'ordinamento unitario. La legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, tuttora in vigore, ossia la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, nel concentrare la giurisdizione sui diritti civili e politici lesi dalla Pubblica Amministrazione, nei Tribunali ordinari, vietava a questi - per rispetto del principio della divisione dei poteri - di revocare o modificare qualsiasi atto amministrativo demandando tale compito *“sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso”* (art. 4). I Tribunali potevano solo disapplicare nel caso concreto l'atto amministrativo ritenuto illegittimo. L'amministrazione doveva conformarsi alla sentenza.

Già, ma se queste autorità non si conformavano? Come si faceva, visto che i Tribunali non potevano incidere né in positivo né in negativo sull'attività della P.A.? Il vuoto di tutela era evidente ma il rimedio non c'era nell'ordinamento unitario. Così come altro vistoso vuoto era rappresentato dalla mancanza di tutela giurisdizionale degli interessi poi denominati legittimi. Bisognava intervenire.

1889. È l'anno che segna la nascita della giurisdizione amministrativa e del giudizio di ottemperanza. Il Governo, allora presieduto da Francesco Crispi - patriota siciliano antiborbonico, garibaldino al tempo dei Mille e politico nazionale - colse l'occasione di risolvere in un colpo solo i due problemi, evidentemente tra loro connessi. Venne così approvata, dopo un acceso dibattito parlamentare, la legge 31 marzo 1889, n. 5992, con cui si istituiva la IV Sezione del Consiglio di Stato *“per la giustizia amministrativa”* (cap. 1) con competenza di legittimità sui *“ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici”* (art. 3), e con competenza anche di merito in materia *“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”* (art. 4, n. 4 e art. 17).

La norma verrà ripresa testualmente nel T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 27 n. 4, a sua volta in seguito richiamato nella legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali (TAR), legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (art. 27 n. 4).

Il problema quindi della effettività delle pronunce del Giudice Ordinario nei confronti della P.A. aveva trovato una sua soluzione sulla carta con l'attribuzione della relativa competenza attuativa al nuovo Giudice amministrativo che, come tale, non incontrava nella sua attività e decisione, estesa al merito, le limitazioni del G.O., e poteva perciò anche sostituirsi alla Amministrazione non ottemperante.

3. *Evoluzione dell'Istituto.*

Presto tuttavia ci si accorse che lo stesso problema si poneva per l'attuazione delle pronunce del Consiglio di Stato, quante volte non fosse sufficiente l'effetto demolitorio della decisione (ossia l'annullamento dell'atto negativo impugnato), necessitando un successivo provvedimento o atto conformativo della P.A. per far conseguire al ricorrente il bene della vita o l'utilità perseguita.

Ad ovviare a questa lacuna provvide l'opera della giurisprudenza amministrativa con una serie di pronunce che, pur discusse in dottrina che ne evidenziava la totale mancanza di supporto normativo, tuttavia furono alla fine avallate dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., SS.UU., n. 215 del 1953).

Prima fu la volta della applicazione estensiva dell'art. 27 n. 4 del t.u. n. 1054/1924 alle decisioni del Consiglio di Stato nelle materie di giurisdizione esclusiva che riguardando diritti si avvertivano come assimilabili alle sentenze del G.O., suscettibili di giudizio di ottemperanza (Cons. Stato, V, 31 marzo 1931, n. 176, secondo cui *“la disposizione dell'art. 27, n. 4, del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato è applicabile anche quando l'autorità amministrativa non si uniformi ad una decisione pronunciata dal Consiglio di Stato”*; in precedenza, spunti in tal senso già in Cons. Stato, IV, 9 marzo 1928, n. 181). Poi l'estensione fu applicata anche alle decisioni di legittimità in materia di interessi legittimi (Cons. Stato, V, 12 maggio 1937, n. 616; V, 22 aprile 1947, n. 155) e a quelle dei Giudici speciali (Cons. Stato, VI, 30 aprile 1957, n. 193; IV, 11 dicembre 1962, n. 776).

A questo punto intervenne a chiudere il cerchio l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con decisione 4 novembre 1980, n. 43, prese atto *“dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa che fa del ricorso ex art. 27, n. 4 del t.u. delle leggi del Consiglio di Stato un rimedio di carattere generale, valido ad assicurare l'adempimento da parte della P.A. degli obblighi nascenti da qualsiasi giudicato”*.

Ulteriori sviluppi si ebbero sotto la spinta delle pronunce della Corte costituzionale (sentt. n. 8/1982, n. 175/1991) e in forza del principio della effettività postulato da tali decisioni, pervenendosi per questa via ad affermare l'applicabilità dei poteri dell'ottemperanza anche alle misure cautelari (Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 6 e 17/1982) e alle sentenze esecutive dei TAR (Cons. Stato, IV, 3 maggio 1999, n. 767).

La legislazione non tardò ad adeguarsi a tali pronunciati e ciò avvenne con la legge di riforma della giustizia amministrativa, l. 21 luglio 2000, n. 205 (artt. 3 e 10), pur limitandosi a prevedere che in questi casi il Giudice *“esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui all'art. 27, n. 4, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato”*, come per dire che non è un vero giudizio di ottemperanza ma quasi.

Il Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, All. 1, ha concluso il lungo iter evolutivo del giudizio di ottemperanza,

riconoscendone il carattere di rimedio generalizzato e inserendolo nel Libro IV, titolo I, tra i Riti speciali.

Il vecchio e glorioso art. 27, n. 4, del t.u. n. 1054/1924 (come l'art. 27, n. 4, della legge istitutiva dei TAR) è stato abrogato (v. All. IV, art. 4, c.p.a.) ma sulle sue ceneri è nato il nuovo Giudizio di Ottemperanza.

4. *Il nuovo giudizio di ottemperanza.*

Il principio della effettività, declinato dall'art. 1 del c.p.a. (*“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*) e il principio del giusto processo di cui all'art. 2 del c.p.a. (*“1. Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. 2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo”*) sono le basi del nuovo giudizio di ottemperanza.

Nuovo perché più ampia è la categoria dei provvedimenti che sono suscettibili di ottemperanza giudiziale (non solo più le sentenze passate in giudicato del G.O., ma anche le sentenze del G.A., comprese quelle meramente esecutive, i provvedimenti cautelari del G.A., i lodi arbitrali esecutivi, ecc.); perché maggiori sono i poteri di cui è investito il giudice dell'ottemperanza (non solo esecutivi ma anche cognitivi); perché più ampio è lo spettro delle azioni promuovibili (anche risarcitorie) e quindi delle decisioni possibili, e più aderente ai postulati del diritto europeo, comprensivo di quello comunitario (TUE e TFUE) e di quello della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Nuova è anche la possibilità di proporre il giudizio anche al solo fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza (art. 112, comma 5, c.p.a.).

Inoltre è stato introdotto espressamente il principio di concentrazione, secondo il quale *“il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta”* (art. 114, comma 6, c.p.a.).

La fisionomia così assunta dal giudizio di ottemperanza ne fa un tipo di giurisdizione *mista*, comprensiva cioè dei caratteri del giudizio esecutivo e di quello cognitorio (specie nel caso di domande risarcitorie) ed espressione di tutte le tipologie della giurisdizione amministrativa a seconda dei casi e delle domande proposte (di legittimità, di merito ed esclusiva). Per questo il giudizio di ottemperanza è stato anche definito polisemico (Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013 n. 2).

Il codice del processo amministrativo dedica al giudizio di ottemperanza quattro articoli (artt. 112 - 115) oltre a vari richiami in altre norme (v. artt. 7, 21, 34, 59, 87, 133, 134).

5. Oggetto del giudizio (art. 112 c.p.a.).

L'art. 112 c.p.a. esordisce affermando che i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla P.A. e dalle altre parti. In tal modo con la proclamazione del principio si mettono al centro del processo le decisioni del giudice amministrativo (piuttosto che quelle del G.O.) superando le origini del processo come sopra descritte. La storia ha preso un'altra direzione, senza peraltro rinunciare a quella precedente che continua a restare, anche se per il giudicato civile è utilizzabile anche il processo ordinario di esecuzione.

La norma passa poi ad elencare quali sono i provvedimenti giurisdizionali suscettibili di ottemperanza giudiziale, riproducendo tutti quelli considerati dalla giurisprudenza. Si tratta:

- a) delle sentenze del Giudice Amministrativo passate in giudicato;
- b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;
- c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del Giudice Ordinario;
- d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza;
- e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili.

Come si vede, mentre per le sentenze del G.O. rimane fermo il classico presupposto che siano passate in giudicato, in linea con la legge del 1865, anche se vengono aggiunti "*altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario*" (tipo: decreto ingiuntivo non opposto; ordinanza di assegnazione del credito divenuta definitiva: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 2012 n. 2), per le sentenze del G.A., oltre a quelle passate in giudicato, possono azionarsi anche quelle dei TAR non ancora passate in giudicato, essendo per legge esecutive (art. 33, c. 2, c.p.a.) purché non sospese dal Consiglio di Stato. In questa categoria rientrano anche le decisioni del Consiglio di Stato impugnate in Cassazione (e pertanto ancora non passate in giudicato), non avendo il ricorso per cassazione effetto sospensivo, salvo che la sospensione sia disposta in caso di eccezionale gravità e urgenza dal Consiglio di Stato *ex art. 111 c.p.a.* Tra gli "*altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo*" vanno comprese le misure cautelari concesse dal G.A. a tutela della posizione soggettiva azionata (art. 59 c.p.a.).

Vengono poi annoverate le sentenze dei Giudici speciali, da ricondursi praticamente a quelle del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, in quanto specifiche disposizioni di legge hanno sottratto a questo giudizio le decisioni della Corte dei Conti (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 174, art. 216) e dei Giudici Tributari (d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, art. 70), così derogando alla tendenziale concentrazione nel giudice amministrativo di tutte le azioni di ottemperanza. In questa categoria vanno ricompresi anche i decreti decisorii del ricorso stra-

ordinario al Capo dello Stato, non menzionati dal codice, ma per interpretazione giurisprudenziale affermatasi dopo la legge n. 69/2009 (Cass., SS.UU., 28 gennaio 2011 n. 2065; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012 n. 18, annotata da GIULIA FERRARI, in *Treccani enciclopedia, Libro dell'anno 2013*). Infine vengono inclusi i lodi arbitrali esecutivi e divenuti inoppugnabili (v. Cons. Stato, V, 28 aprile 2012 n. 2542).

La norma (comma 5) prevede la innovativa possibilità di proporre il presente giudizio (si ritiene, nel silenzio della norma, con ricorso) anche al solo fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, da parte della P.A. interessata a ottemperare correttamente o di controinteressati, con il limite che deve trattarsi di questioni strettamente inerenti al caso deciso e non questioni astratte o generali o riguardanti terzi soggetti (per esempio, è stata ritenuta inammissibile la questione della estensibilità del giudicato a terzi non parti del processo definito). Trattasi peraltro di un giudizio avente natura giuridica diversa da quello di ottemperanza (v. Cons. Stato, IV, 30 marzo 2019 n. 3614).

Si discute ancora se il giudizio in questione sia ammissibile per crediti pecuniari riconosciuti da provvedimento giudiziale emesso nei confronti di Comuni in stato di dissesto finanziario (Cons. Stato, V, 21 aprile 2021 n. 3211, ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria).

Appare infine condivisibile la tesi secondo cui non è esperibile il giudizio di ottemperanza ad una decisione del G.O. nei confronti di società *in house* ove questa “*eserciti poteri e facoltà di matrice privatistica*” (Tar Sicilia-Palermo, 24 maggio 2021 n. 2660; Cons. Stato, V, 3 febbraio 2015 n. 502; di diverso avviso, Tar Sicilia, Sez. staccata Catania, 5 settembre 2014 n. 2393).

6. *Giudice competente (art. 113 c.p.a.).*

Per quanto riguarda la competenza, la regola è che, nel caso di sentenze e provvedimenti del giudice amministrativo, il ricorso vada proposto allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta (quindi TAR o Consiglio di Stato), con l'avvertenza che la competenza è del tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo della sentenza di primo grado. Si applica cioè il criterio funzionale nel senso che ciascun giudice conosce dell'esecuzione dei propri provvedimenti.

Tale regola può presentare qualche difficoltà applicativa quante volte la pronuncia di appello sia di conferma con diversa motivazione: qui può fungere da guida anzitutto il tenore della decisione del Consiglio di Stato, la cui formulazione può segnare il distacco più o meno profondo dal percorso motivazionale di primo grado e in secondo luogo il contenuto conformativo che è richiesto alla P.A. sulla base della diversa motivazione adottata, fermo il ca-

rattere meramente residuale, secondo la giurisprudenza, della competenza del Consiglio di Stato.

Negli altri casi (sentenze e provvedimenti del G.O., dei Giudici speciali e lodi) il ricorso si propone al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza. Si applica cioè il criterio territoriale, riferito al giudice che ha adottato il provvedimento da ottemperare e non più all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, come avveniva in precedenza.

7. Procedimento (art. 114 c.p.a.).

Per quanto attiene a forme, modi e termini da seguire e rispettare, il Codice è molto più preciso e completo rispetto alla scarsa disciplina contenuta nel Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato, R.D. 17 agosto 1907, n. 642 (artt. 89, 90, 91).

Anzitutto non è più necessario far precedere il ricorso dalla notifica della diffida ad adempiere, eliminata per semplificare e accelerare il procedimento. Resta però fermo che deve trattarsi pur sempre di un caso di inadempienza dell'amministrazione, che si considera maturata al decorso di 30 giorni dalla pubblicazione della sentenza e non del mero dispositivo, dovendo l'amministrazione conoscere la motivazione nella sua interezza per potersi conformare alla stessa.

Il ricorso deve essere proposto entro il termine di prescrizione dell'*actio iudicati*, ossia 10 anni dal passaggio in giudicato della sentenza da ottemperare. Trattandosi di un termine di prescrizione e non di decadenza esso è ritenuto suscettibile di interruzione anche con atti stragiudiziali (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 2020 n. 24).

Il ricorso non differisce nella forma da quello esperibile in via ordinaria, salvo per quanto riguarda l'oggetto della domanda che non è l'annullamento del provvedimento impugnato (art. 40, comma 1, lett. b, c.p.a.) ma ovviamente l'ottemperanza alla decisione inadempita. Vanno poi esplicitate tutte le varie domande possibili, quali si ricavano dalla elencazione dei poteri del giudice indicati nella norma in questione e riguardanti l'emanazione del provvedimento richiesto o la nomina di un commissario preposto a ciò, la dichiarazione di nullità del provvedimento elusivo o contrario al giudicato, la condanna al risarcimento del danno, l'applicazione eventuale dell'*astreinte*, ecc.

In particolare, tenuto conto del fatto che, per il principio di concentrazione, il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*, è possibile proporre nell'ambito del giudizio di ottemperanza, anche in unico grado, l'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in

forma specifica, totale o parziale, del giudicato o conseguenti alla sua violazione o elusione. Tale possibilità si fonda sul fatto che si tratta di azioni connesse all'azione principale e che pur attenendo a diritti soggettivi (come d'altronde la stessa *actio iudicati*) ben sono ammissibili avendo il giudice dell'ottemperanza giurisdizione esclusiva (art. 133, n. 5, c.p.a.). Non sono invece esperibili le azioni risarcitorie di condanna per lesione di interessi legittimi che sono regolate dall'art. 30 c.p.a.; la disposizione infatti che le consentiva (art. 112, comma 4, c.p.a.) è stata soppressa dal primo decreto correttivo, d.lgs. 15 novembre 2011 n. 195 (art. 1, comma 1, lett. *cc*, n. 2). Queste vanno perciò proposte con ricorso ordinario in sede di legittimità.

Nella redazione del ricorso occorre rispettare il limite dimensionale di 30.000 caratteri (pari a circa 15 pagine) fissato dal d.P.C.S. n. 167/2016. Stesso limite si applica alla memoria di costituzione mentre le repliche non possono superare i 10.000 caratteri (pari a circa 5 pagine).

Il ricorso va depositato entro il termine perentorio dimezzato rispetto a quello ordinario, ossia entro 15 giorni dall'ultima notifica, trattandosi di giudizio in camera di consiglio (art. 87, commi 2 e 3, c.p.a.), termine questo ritenuto congruo dalla Corte costituzionale (sent. 10 novembre 1999 n. 427).

Per la medesima ragione, tutti i termini processuali successivi sono dimezzati applicandosi la disciplina dettata per i giudizi in camera di consiglio (perciò, 30 gg. per la costituzione, 20 gg. liberi prima dell'udienza di trattazione per la produzione di documenti, 15 gg. liberi per le memorie e 10 per le repliche).

Unitamente al ricorso va depositato in copia autentica il provvedimento di cui si chiede l'ottemperanza, con l'eventuale prova del suo passaggio in giudicato a pena di inammissibilità (v. TAR Veneto, I, 23 gennaio 2020 n. 82; Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015 n. 5645).

L'udienza di trattazione in camera di consiglio è fissata di ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta. Peraltro, la trattazione in pubblica udienza (invece che in camera di consiglio) non costituisce motivo di nullità della decisione e non esonera dal rispetto delle norme sul dimezzamento dei termini né costituisce errore scusabile ai fini della tempestiva proposizione del giudizio di appello (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 dicembre 2011 n. 10).

8. La decisione.

Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata, nella quale cioè la motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme (v. art. 74 c.p.a.). Se però oggetto di esecuzione è una ordinanza, il giudice decide con ordinanza.

Il giudice se accoglie il ricorso:

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

b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato;

c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando *inefficaci* gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano;

d) nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*;

e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penality di mora decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza.

Come è evidente, le prime due sono le decisioni più invasive della sfera della P.A. inadempiente, in quanto arrivano a comportare la sostituzione del giudice alla stessa e financo a dichiarare la nullità di suoi provvedimenti elusivi o emessi in violazione del giudicato; di norma, peraltro, il giudice si limita, nel caso di inerzia, a incaricare un commissario di dare esecuzione in concreto alla sentenza, misura questa altrettanto invasiva.

Nel caso di provvedimenti esecutivi non passati in giudicato, il giudice deve avere cura di determinare le modalità di esecuzione in modo che le misure attuative siano reversibili se il provvedimento verrà modificato nel prosieguo, considerando inefficaci (e non annullando) gli atti elusivi o violativi.

Nei casi più gravi il giudice - su richiesta di parte - può arrivare ad applicare la c.d. *astreinte*, ossia può condannare l'amministrazione riottosa al pagamento di una somma di danaro aggiuntiva per ogni ulteriore ritardo nell'adempiere (v. sopra, *sub e*). Si tratta di uno strumento di coercizione indiretta derivato dal diritto francese e già recepito nel codice di procedura civile per gli obblighi di fare o non fare (art. 624-*bis* c.p.c.). L'applicazione di tale misura è mitigata dal fatto che essa non deve apparire manifestamente iniqua né essere impedita da altre ragioni ostative (quali il dipendere l'esecuzione dall'opera di terzi o la prestazione abbia carattere strettamente personale). Essa peraltro appare poco compatibile con la contemporanea nomina del commissario *ad acta*.

Il c.p.a. non fornisce i criteri di determinazione dell'importo da applicare, se non in negativo (nel senso che la penality non è iniqua se commisurata agli interessi legali), per cui si può ricorrere a quelli generici indicati dalla norma processualistica civile (valore della controversia, natura della prestazione, danno subito o prevedibile, ogni altra circostanza utile).

9. *Il commissario ad acta.*

La figura del commissario chiamato dal giudice ad ottemperare merita di essere approfondita sotto alcuni aspetti (natura propria e degli atti adottati, loro impugnabilità).

Sintetizzando un lungo e controverso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, possono ritenersi per acquisiti i seguenti risultati, riassunti da una recente pronuncia del Cons. Stato (Ad. Plen., 31 maggio 2021 n. 8):

- il commissario *ad acta* non è un organo straordinario dell'amministrazione, come talora ritenuto anche in giurisprudenza, ma un ausiliario del giudice, come ora espressamente definito dall'art. 21 c.p.a.;

- gli atti adottati dal commissario sono riferibili al giudice che l'ha nominato e quindi non sono propriamente atti amministrativi e non sono di norma impugnabili in sede di legittimità, a meno che l'attività di esecuzione non consentisse margini di discrezionalità amministrativa (come nel caso di interessi pretensivi);

- il potere dell'amministrazione e quello del commissario *ad acta* sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto;

- anche dopo la nomina e l'insediamento del commissario l'amministrazione non perde il potere di provvedere ad eseguire la sentenza: pertanto gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario;

- gli atti adottati dal commissario *ad acta* non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, comma 4, c.p.a.;

- gli atti adottati dal commissario *ad acta* dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario *ad acta* abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio;

- gli atti emessi dal commissario come organo ausiliario sono reclamabili dalle parti avanti al giudice dell'ottemperanza con atto depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni (art. 114, c. 6, c.p.a.).

Invece gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29 c.p.a., con il rito ordinario (art. 114, c. 6, c.p.a.).

Peraltro la nomina del commissario *ad acta* può anche essere anticipata già nella sentenza in sede di cognizione “*con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*” (art. 34, c. 1, lett. e, c.p.a.).

Anche il commissario può chiedere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza (art. 114, comma 7, c.p.a.).

10. Impugnazioni.

Contro i provvedimenti giurisdizionali del giudice dell'ottemperanza sono esperibili tutti i normali mezzi di impugnazione, a cominciare dall'appello, a seguire con la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per Cassazione.

Il codice infatti si limita a richiamare per le impugnazioni le disposizioni relative al giudizio di ottemperanza di primo grado e per i termini quelle del giudizio ordinario, ossia l'art. 92 c.p.a. (art. 114, commi 8 e 9).

Si deve pertanto ritenere che l'appello è sempre proponibile (in passato lo si escludeva quante volte la sentenza si fosse limitata a dettare misure di mera esecuzione). Naturalmente se la sentenza di ottemperanza è emessa dal Consiglio di Stato è ammissibile solo il ricorso per Cassazione per motivi inerenti i limiti esterni della giurisdizione, oltre ai suddetti due mezzi di impugnazione straordinari. Si ritiene esperibile in ogni caso anche il regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. SS.UU., 9 marzo 1981 n. 1299).

In particolare, la Cassazione ha ritenuto ammissibile il ricorso contro la sentenza che neghi l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza (Cass., SS.UU., 20 aprile 2021 n. 10355).

Il termine di proposizione dell'impugnazione è quello ordinario mentre tutti gli altri termini, a cominciare da quello per il deposito del gravame, sono dimezzati in forza dell'art. 87, comma 3, c.p.a.

Da notare infine che la esecuzione spontanea della sentenza esecutiva del Tar da parte dell'amministrazione soccombente non comporta di per sé, in difetto di altri indizi, l'acquiescenza alla stessa e la perdita del potere di impugnazione, trattandosi di atto giuridicamente dovuto (Cons. Stato, VI, 1 febbraio 2002 n. 564).

11. Titolo esecutivo (art. 115 c.p.a.).

Per raggiungere il loro scopo, quante volte non siano autoesecutive, le sentenze del giudice di ottemperanza - in omaggio al principio della effettività della tutela giurisdizionale - devono poter essere portate ad esecuzione forzata, come quelle del G.O. A tal fine è espressamente previsto che siano spedite in forma esecutiva su richiesta di parte e che costituiscano titolo per l'iscrizione di ipoteca (art. 115, commi 1 e 2, c.p.a.).

Si tratta di una esecuzione forzata che, nel caso di crediti pecuniari, si aggiunge a quella che il creditore avrebbe potuto già esperire in forza del giudicato civile, senza ricorrere al giudizio di ottemperanza. Allora ci si può domandare, perché promuovere anche tale procedimento? La risposta sta nelle difficoltà pratiche che incontra il creditore stante la normale impignorabilità dei beni pubblici. A questo si aggiunge che il creditore non può procedere all'esecuzione forzata nei confronti delle amministrazioni pubbliche né a notificare il precetto prima che siano decorsi 120 gg. dalla notifica del titolo esecutivo (art. 14 l. n. 669/1996).

Quando poi l'esecuzione necessita di una ulteriore attività cognitoria da parte della P.A., il ricorso al giudizio di ottemperanza diventa una necessità, tanto più che il giudice dell'ottemperanza ha il potere di integrare il giudicato amministrativo (non invece quello del G.O.: Cons. Stato, V, 30 ottobre 2015 n. 2690).

Tuttavia, esecuzione forzata civile e giudizio di ottemperanza non sono del tutto assimilabili stante la surricordata natura mista o polisemica di quest'ultimo (al riguardo, v. Cons. Stato, IV, 14 settembre 2021 n. 6290, in materia di rilascio della attestazione del passaggio in giudicato di sentenza del G.O. non registrata; Cons. Stato, IV, 2 marzo 2021 n. 1765 che ha rimesso la questione della imposta di registro alla Corte costituzionale). Anche la Corte costituzionale ha sottolineato che *“sono differenti e, quindi, non comparabili le azioni esecutive esperibili davanti al giudice ordinario secondo le norme di procedura civile, trattandosi di sentenze o di provvedimenti esecutivi che non richiedono l'esame di merito proprio del giudizio di ottemperanza”* (Corte cost., 8 febbraio 2006 n. 44).

12. La riedizione del potere amministrativo.

Il tema dell'ottemperanza è strettamente connesso, come detto all'inizio, con quello della riedizione del potere amministrativo dopo la sentenza di annullamento.

Infatti, quante volte la pronuncia di annullamento non sia autoesecutiva, nel senso che l'effetto demolitorio non è sufficiente ad assicurare il bene della vita perseguito dal ricorrente, è necessario che l'amministrazione, che conserva il potere di amministrazione attiva salvo i limiti derivanti dal giudicato stesso, riprenda in mano la pratica e provveda in merito (v. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013 n. 4).

Al fine però di evitare una frammentazione di provvedimenti sfavorevoli senza fine, la giurisprudenza, con l'obiettivo di perimetrare la consumazione del potere amministrativo, ha individuato un limite alla attività valutativa dell'amministrazione dopo una sentenza di annullamento di un diniego, consistente nel c.d. *one shot temperato* secondo cui l'amministrazione nella riedizione del potere ha il dovere *“di esaminare l'affare nella*

sua interezza, sollevando, una volta per sempre, ogni questione ritenuta rilevante, senza potere successivamente tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati” (Cons. Stato, III, 2 agosto 2021 n. 5405; III, 2 febbraio 2021 n. 946; IV, 15 maggio 2020 n. 3095; III, 14 febbraio 2017 n. 660).

Anche tale orientamento ha ricevuto un avallo in sede legislativa con la modifica dell’art. 10-*bis* legge 7 agosto 1990 n. 241, secondo cui “*In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell’esercitare nuovamente il suo potere l’amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria del provvedimento annullato*” (d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, art. 12, comma 1, lett. e).

Ciò posto, si possono verificare le seguenti evenienze:

1) l’amministrazione rimane inerte. La parte può ricorrere al giudizio di ottemperanza o al giudizio avverso il silenzio ai sensi dell’art. 117 c.p.a., disponendo tale norma che “*Il giudice conosce di tutte le questioni relative all’esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario*” (comma 4).

2) l’amministrazione adotta un provvedimento ancora sfavorevole. Qui possono darsi due casi e cioè che questo sia elusivo o in violazione del giudicato e allora la parte interessata deve adire il giudice dell’ottemperanza, unico competente a dichiararne la nullità, ai sensi dell’art. 21-*septies*, legge 7 agosto 1990 n. 241 e dell’art. 114, comma 4, lett. b) c.p.a.; ovvero che il nuovo provvedimento si muova negli spazi non coperti dal giudicato (si pensi ad un annullamento per vizi formali, in relazione ad attività amministrativa non vincolata) nel qual caso è necessario impugnarlo in via ordinaria (Cons. Stato, VI, 15 novembre 2010 n. 8053). Se l’annullamento per motivi formali invece fosse intervenuto in relazione ad attività vincolata, opererebbe l’art. 21-*octies*, l. n. 241/1990 e si ricadrebbe nel primo caso, perché il giudice deve aver valutato la fondatezza nel merito della istanza disattesa.

Ma può anche verificarsi il caso che l’amministrazione non sia più in grado di adottare il provvedimento richiesto per intervenuti mutamenti di fatto o di diritto (si pensi al caso che nel frattempo la legge sia cambiata e vieti l’attività o l’area è stata saturata o sono intervenuti nuovi vincoli paesaggistici o ambientali o il ricorrente sia stato nel frattempo collocato in pensione). In questa ipotesi lo strumento utilizzabile è la richiesta di risarcimento danni per equivalente da azionarsi con il giudizio di ottemperanza (art. 112, comma 3, c.p.a.), senza possibilità per l’amministrazione di fornire prova liberatoria circa la mancanza di una propria colpa, trattandosi di una responsabilità di tipo oggettivo (v. Cons. Stato, V, 20 luglio 2021 n. 5454, nel caso di prossimo pensionamento; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017 n. 2; in senso parzialmente difforme, v. Cons. Stato, V, 31 maggio 2021 n. 4182).

Al riguardo, per giurisprudenza costante, è “*principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima; anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante*” (Cons. Stato, III, 6 maggio 2021 n. 3529; Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016 n. 11).

Tali evenienze e la complessità delle relative valutazioni inducono sovente gli interessati a promuovere un doppio ricorso, salvo la possibilità di convertire quello di ottemperanza in ricorso di legittimità (e non viceversa) ove ne sussistano i presupposti di legge (v. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013 n. 2).

In sintesi, resta confermata la rilevanza centrale del giudizio di ottemperanza nel quadro dell'ordinamento processuale amministrativo, in ossequio dei principi costituzionali (artt. 97 e 111 Cost.) e di quelli dell'Unione europea (artt. 19 TUE e 280 TFUE) e della Cedu. Infatti secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto al processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti comprende, in quanto diritto ad un giudice, il diritto all'esecuzione del giudicato, che va perciò riguardata come una parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6 (sent., 19 marzo 1997, *Hornsby v. Grecia*; 18 novembre 2004, *Zazanis v. Grecia*) e l'esecuzione non può essere indebitamente ritardata (sent., 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi v. Italia*).