

GLI STRUMENTI PREPOSTI ALLA ESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO IN BASE AL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA. IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA, IL COMMISSARIO *AD ACTA* E L'ASTREINTE

di Maria Corasaniti

Commissario Capo di Polizia Penitenziaria

Sommario: 1) Il giudicato amministrativo ed il principio di effettività della tutela; 2) il giudizio di ottemperanza e il commissario *ad acta*; 3) L'astreinte nel processo amministrativo e nel processo civile: loro profili differenziali.

1. Il giudicato amministrativo ed il principio di effettività della tutela.

1.1 Il giudicato amministrativo è la decisione contenuta nella sentenza del giudice amministrativo divenuta incontrovertibile¹: le decisioni di merito del giudice amministrativo sono infatti suscettibili di acquistare autorità ed efficacia di cosa giudicata ed in quanto tali rappresentano un aspetto fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi del privato nei confronti della P.A. (artt. 24 e 113 Cost.): la garanzia di tale tutela non attiene al solo diritto di adire il giudice ma riguarda pure il diritto di ottenere una decisione definitiva soddisfattiva dell'interesse fatto valere dal ricorrente².

Una volta intervenuto un giudicato, sia esso del giudice ordinario che quello del giudice amministrativo, cioè l'incontestabilità dell'accertamento operato dalla sentenza su di un rapporto giuridico, sorge l'obbligo per la P.A. di conformarsi al giudicato stesso, obbligo strumentale preordinato al soddisfacimento dell'interesse privato che nel *dictum* stesso ha trovato riconoscimento: tale *dictum* giudiziale deve intendersi nel senso della piena

¹ Sul giudicato amministrativo si è molto scritto. Giannini: M.S., Diritto amministrativo I e II, Milano, Giuffrè, 1988, pp.492 e ss.; Maruotti L, Il giudicato amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it; Benvenuti F., voce "Giudicato (dir. amm.)", in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969, 893; Clarich M., Giudicato e potere amministrativo, Padova, 1989; C Calabrò, voce "Giudicato (diritto processuale amministrativo)", in Enc. giur., Treccani Roma, XV, 1989; Patroni Griffi, Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza, in Codice della giustizia amministrativa a cura di Morbidelli, Milano, 2005, 799 ss; Bini, Giudicato e ottemperanza, a cura di Clarich e Fonderico, Milano, 2007, 311; Maruotti, Il giudicato amministrativo su www.giustiziamministrativa.it

² tra le tante e più risalenti: Cons. St., Ad. Pl. 21 febbraio 1994, n.4.

e compiuta fruttuosità delle sue statuizioni attraverso il conseguimento del bene della vita da esso riconosciuto.

L'inadempimento a tale obbligo, che è il presupposto dell'esecuzione del giudicato, altro non è che il mancato esercizio del potere amministrativo per la predetta soddisfazione.

Il giudicato amministrativo ha un contenuto multiforme: esso non solo produce effetti eliminatori e preclusivi ma è anche caratterizzato dall'effetto conformativo.

Ai fini dell'esecuzione del giudicato le decisioni amministrative vengono distinte: a) in sentenze autoesecutive in quanto soddisfacendo esse direttamente l'interesse fatto valere in giudizio non richiedono una ulteriore attività dell'amministrazione per ripristinare l'ordine giuridico violato e quindi nessun obbligo ad adempiere o di porre in essere attività esecutiva sorge dal giudicato stesso (ipotesi ricorrenti in presenza di interessi oppositivi lesi da provvedimenti di ritiro, restrittivi o ablatori); b) sentenze non autoapplicative che necessitano cioè dell'emanazione di un ulteriore provvedimento per il conseguimento del bene e/o utilità scaturente dalle decisioni medesime e/o comunque per dare una soluzione concreta in conformità al contenuto delle decisioni (effetto conformativo).

In quest'ultimo caso il giudicato, diversamente dal primo, non è *ex se* soddisfacente del bene giuridico che il ricorrente vittorioso intende conseguire e quindi l'esecuzione della sentenza è rimessa alla stessa A., la quale è obbligata a porre in essere un'attività consequenziale diretta a far conseguire il bene medesimo giuridico e comunque ad eliminare gli effetti incompatibili con la decisione stessa.

La soddisfazione dell'interesse azionato è subordinata, quindi, all'ulteriore esercizio del potere discrezionale dell'A. in quanto la sentenza non essendo autoesecutiva svolge la sua efficacia solo mediatamente attraverso la riedizione del potere amministrativo: sono soprattutto gli interessi pretensivi che postulano spesso atti e adempimenti ulteriori e conseguenti.

Ma pur in presenza di un ordine alla pubblica amministrazione per l'esecuzione di decisione non autoapplicativa il percorso verso la riedizione legittima del potere amministrativo conformemente al *decisum* è segnato nel nostro paese dal fenomeno patologico, di scottante attualità e di difficile estirpazione, delle resistenze, dei ritardi, degli inadempimenti e dei comportamenti elusivi della stessa P.A..

L'effetto conformativo derivante dal giudicato comporta, infatti, che l'inottemperanza della P.A. non si sostanzia più solo in una inerzia ma anche in un *facere* violativo o elusivo del giudicato stesso.

In altri termini l'inosservanza a siffatto giudicato si ha quando l'A. (dovendo agire) rimanga inerte sia quando ponga in essere atti in contrasto col

giudicato medesimo o elusivi di questo ovvero si conformi ad esso imperfettamente o vi sia esecuzione soltanto parziale.

Sarebbe ben poca cosa un sistema giuridico che consentisse al privato di impugnare un provvedimento negativo (che limita la propria sfera giuridica, o che non l'ampia nei termini da esso prospettati), se la sentenza che lo elimina dal mondo giuridico, per averlo ritenuto illegittimo, non obbligasse l'amministrazione a tenere una condotta "costretta", nei tempi e nei modi, dal giudicato³: la tutela giurisdizionale, per evitare di rivelarsi meramente formale, asfittica o apparente deve, quindi, realizzarsi in un tempo ragionevole, in quanto l'idea di giustizia postula imprescindibilmente l'effettività della tutela stessa.

Ed invero il compito e lo scopo del diritto processuale amministrativo è proprio quello di predisporre gli strumenti per risolvere giuridicamente i conflitti a carattere amministrativo e per far sì che il percorso verso l'effettiva tutela giurisdizionale non venga ostacolato da lungaggini della più varia natura⁴, con conseguente vanificazione anche del giudicato.

Ora sebbene le sentenze di annullamento, soprattutto degli atti restrittivi, costringenti, espulsivi ed ablatori, siano considerati autoesecutive e quindi direttamente soddisfattive, sussista una casistica molto varia in cui l'annullamento dell'atto impugnato o la dichiarazione di illegittimità del comportamento lesivo non determina la definitiva diretta attribuzione del bene controverso al ricorrente vittorioso.

Può verificarsi e spesso si verifica che l'amministrazione non si conformi puntualmente alle indicazioni contenute nel giudicato di annullamento, per cui il ricorrente può realmente soddisfare l'interesse azionato solo proponendo il giudizio di ottemperanza. **1.2** Come si evince anche e soprattutto dalla pluralità delle più importanti decisioni anche risalenti della Cassazione, del giudice amministrativo e della Corte costituzionale il fondamento su cui riposa il giudizio di ottemperanza sia al giudicato ordinario che al giudicato amministrativo è il principio di effettività che tende a garantire la certezza del diritto "*chiaro indice di affidabilità di un sistema*"⁵ e che è particolarmente pregnante proprio nella fase dell'esecuzione del giudicato.

Il principio di effettività, che si intersica con quello del buon andamento della P.A. porta a ritenere che l'attuazione della pronuncia costitutiva del giudice amministrativo non possa fermarsi all'approdo formale del conseguimento di

³ Nei termini anzidetti: Caringella F. e Giustiniani M., *manuale del processo amministrativo*, DIKE ed. Roma 2016 p. 882

⁴ Tale funzione è chiaramente rintracciabile nello scritto di Travi A., *lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, V ed. 2012, nel quale l'autore rileva che il cittadino deve essere garantito da comportamenti arbitrari o da sacrifici indebiti imposti dall'amministrazione (pag.1) e che l'utilità degli istituti "di giustizia" consiste, in genere, nell'assicurare un rimedio per il caso in cui il diritto sostanziale non venga osservato (pag. 2).

⁵ Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, Milano 2010 p.47.

un provvedimento favorevole, ma debba implicarne la relativa esecuzione in modo idoneo ad assicurare il concreto perseguimento dell'*utilitas*⁶.

Tale principio non è, peraltro, un *quid novi* nell'ordinamento italiano, essendo scolpito nella Carta costituzionale del 1948, segnatamente agli artt. 24, 103 e 113: l'art. 24 rappresenta, secondo i giudici della consulta, primario riferimento normativo per l'effettività della protezione giurisdizionale⁷.

Prima dell'entrata in vigore del processo amministrativo era stata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁸, della Corte costituzionale e quella della Corte di Cassazione a sottolineare la centralità e la primazia del valore dell'effettività della tutela⁹.

Già nel lontano 1953 la Cassazione con la sentenza n. 2157 ebbe ad affermare che l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce un obbligo dell'amministrazione ad essa imposto nel superiore interesse dell'attuazione della giustizia e si iscrive nel concetto generale secondo cui *"il processo deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello che egli ha diritto di conseguire"*.

Il codice del processo amministrativo, nel collocarsi lungo tale direttrice, ha positivizzato il principio di effettività della tutela rendendolo baluardo per tutte le situazioni soggettive e quindi vero cardine dell'intero sistema giurisdizionale: solo così la giustizia amministrativa è (come diceva Nigro) un apparato di tutela effettiva di situazioni giuridiche.

L'art. 1 ha, infatti, espressamente sancito che *"La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*.

Con riferimento al diritto europeo il principio di effettività trova riconoscimento nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dell'art.13 della CEDU che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali siano stati violati.

Il principio stesso ha in definitiva condotto l'ordinamento ad identificare l'obiettivo finale del processo nell'attribuzione di una *res*, cioè nel conseguimento del bene della vita anelato da chi agisce in giudizio, e non nel mero annullamento del provvedimento impugnato; bene della vita che, in presenza di situazioni di interesse legittimo, si traduce nella pretesa all'adozione dell'atto favorevole¹⁰.

⁶ Capaccioli E., *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo*, Scritti in onore di G. Miele, Milano, 1979.

⁷ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in www.gurcost.it

⁸ Per tute CEDU, sez III 28/09/ 2006, *Prisjazhnikova c. Russia*, § 23; CEDU sez.IV, 15/09/2004, *Luntre c.Moldava*, § 32)

⁹ Per tutte Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191 e sentenza 27 aprile 2007, n. 140.

¹⁰ VOLPE C., *Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, www.giustamm.it.

2) Il giudizio di ottemperanza e il commissario *ad acta*.

2.1 Tra i mezzi del nostro ordinamento processuale preordinati a superare i ritardi e le resistenze stesse e ad imporre alla stessa P.A. il predetto comportamento rientrano il giudizio di ottemperanza e l'astreinte. Ma quello che è maggiormente rilevante ed utile per il ricorrente vittorioso è il primo in quanto finalizzato ad evitare la possibile vanificazione dell'accertamento svolto in sede giurisdizionale e quindi di consentire al giudice amministrativo di attuare una giustizia reale attribuendo al ricorrente stesso di conseguire in concreto il bene della vita cui ha titolo.

Nel processo amministrativo il ricorso in ottemperanza è, pertanto, diretto a realizzare la certezza e l'effettività della tutela giurisdizionale tramite il conseguimento dell'utilità connessa in concreto alla pretesa attivata ed al giudicato ormai costituitosi.

La giurisprudenza ha affermato il principio che la finalità del ricorso stesso è quella di sopperire all'inerzia, al rifiuto o all'inattività esclusiva dell'A. in relazione al comportamento obbligatorio derivante dal giudicato, e ciò sia che si tratti di dare adempimento alla parte direttamente esecutiva della pronuncia giurisdizionale, sia di porre in essere un'attività provvedimentoale diretta all'eliminazione delle situazioni giuridiche riconosciute dal giudicato in contrasto con l'ordinamento.

E' questo il motivo per cui l'interesse soprattutto della giurisprudenza per tale rimedio è aumentato notevolmente negli ultimi lustri: le sentenze su questo tema sono state molte e quasi tutte dirette a precisare le linee operative del giudizio di ottemperanza.

Quest'ultimo costituisce, in definitiva, il banco di prova dell'effettività della tutela: l'attuazione della pronuncia del giudice amministrativo non può, quindi, fermarsi all'approdo formale del conseguimento di un provvedimento favorevole ma deve implicarne la relativa esecuzione in modo idoneo ad assicurare il concreto perseguimento dell'utilità¹¹.

Tale giudizio si configura quindi, all'interno del sistema attuale della giustizia amministrativa, come strumento generale di effettività delle pronunce giurisdizionali anche a prescindere dal giudicato: la legge n. 205 del 2000 ed il codice del processo amministrativo, formalizzando indirizzi emersi nella giurisprudenza, hanno abilitato il giudice amministrativo a utilizzare i poteri conferitigli nel giudizio di ottemperanza per l'esecuzione anche delle ordinanze cautelari concesse dal giudice amministrativo e delle sentenze di primo grado non sospese dal Consiglio di Stato.

Ora posto che la P.A. ha, come ogni altro soggetto dell'ordinamento, un preciso obbligo di dare esecuzione alle pronunce giurisdizionali adottate nei

¹¹ Cons.St., sez.V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

suoi confronti e di uniformare al giudicato l'azione amministrativa, l'estensione dell'ambito di applicabilità del ricorso per ottemperanza risponde a imprescindibili esigenze, costituzionalmente garantite, di effettività della tutela giurisdizionale e di completamento della stessa proprio nella fase dell'adempimento del giudicato: il ricorso stesso assume pertanto nell'attuale sistema della giustizia amministrativa la funzione di rimedio a carattere generale idoneo ad assicurare l'adempimento dell'obbligo surriferito.

Il giudizio di ottemperanza consente, quindi, la più ampia latitudine di intervento diretto sull'attività amministrativa con la conseguenza che il giudice può pervenire all'adozione degli atti necessari affinché sia dato puntuale adempimento al giudicato e tali mezzi possono essere costituiti sia dall'adozione diretta di provvedimenti, sia dalla nomina di commissari *ad actus* che abbiano il compito di sostituirsi all'amministrazione inerte nell'adozione di provvedimenti di volta in volta necessari per dare effettiva attuazione al *decisum*.

In relazione a quest'ultimo aspetto va rimarcato che per giurisprudenza pacifica il connotato fondamentale del giudizio di ottemperanza deve ravvisarsi proprio nella possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi alla P.A. nell'esercizio dei poteri amministrativi e di compiere in sua vece la valutazione di quale sia il tipo di atto in concreto necessario per ovviare alla riconosciuta inottemperanza dell'A. stessa: il giudizio medesimo costituisce l'ipotesi più importante di giurisdizione di merito.

L'oggetto del giudizio di ottemperanza altro non è, in sintesi, che il giudicato da eseguire coattivamente in quanto non è stato eseguito spontaneamente dall'amministrazione.

Il giudizio stesso può essere esperito sia nel caso in cui l'amministrazione non provveda in alcun modo ad eseguire la sentenza passata in giudicato (per inerzia, rifiuto o inattività esclusiva), sia nel caso in cui la esegua in modo parziale, inesatto o incompleto e sia se la esegua solo da un punto di vista formale ma in realtà eludendola nella sostanza¹².

Ogni qualvolta si adotti un nuovo provvedimento che, sotto l'apparenza di una osservanza nominalistica del giudicato, risulti diretto ad eludere la volontà concreta della legge dichiarata dal giudice della cognizione¹³ è ammissibile non il ricorso ordinario bensì quello per l'ottemperanza; altrimenti non vi sarebbe modo di impedire che, con l'adozione ripetuta di provvedimenti elusivi si metta ripetutamente in discussione la situazione

¹² Così Trebastoni D., *Il giudizio di ottemperanza: difficoltà pratiche e proposte di riforma*, in relazione tenuta al convegno nazionale di studi dell'associazione nazionale magistrati amministrativi su "La codificazione del processo amministrativo", Siracusa, 30 e 31 ottobre 2009.

¹³ In in tali termini tali termini, ex multis, Cons. St. sez. IV, 3 maggio 2005 n. 2005 n. 20 77.

oggetto del ricorso rendendo così meramente teorica la funzione giurisdizionale nei confronti della P. A..

In applicazione del principio dell'effettività della tutela il giudizio di ottemperanza, rientrando nella giurisdizione di merito, risponde proprio allo scopo di far eseguire la sentenza da parte dell'amministrazione. Ciò spiega, giova ribadirlo, gli ampi poteri affidati al giudice dell'ottemperanza che deve verificare l'esatto adempimento dell'obbligo da parte della medesima P. A. di conformarsi al giudicato per far conseguire all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione; verifica che implica un'attenta attività di interpretazione del giudicato stesso per enucleare il contenuto del comando.

Ed invero essendo spesso la regola posta dalla sentenza amministrativa una regola elastica, incompleta e condizionata spetta al giudice dell'ottemperanza: rendere esplicita la regola traducendo in positivo gli accertamenti del primo giudicante sul corretto modo di esercizio del potere amministrativo; dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione non incisi direttamente dal giudicato¹⁴

Se, come già rilevato, l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i risultati garantiti nella sfera sostanziale, e ciò per quanto più è possibile, appare, quindi, evidente come lo strumento dell'ottemperanza sia correlato all'esigenza di una tutela piena ed "effettiva" a chi propone ricorso ed ottiene una decisione definitiva favorevole.

Lo strumento medesimo rappresenta l'ipotesi più importante di giurisdizione di merito attribuita al giudice amministrativo, giurisdizione cioè relativa ai ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto.

Ciò chiarito un cenno merita la questione relativa alla natura del giudizio di ottemperanza tuttora molto vivace essendosi da sempre discusso sia in dottrina che in giurisprudenza sul se al rimedio in esame debba attribuirsi il carattere cognitorio o natura di processo esecutivo.

Va a tal proposito premesso e ricordato il dibattito che da sempre c'è stato circa la natura giuridica delle posizioni soggettive dell'interessato all'esecuzione e dell'amministrazione: la questione si è posta a proposito dell'obbligo di uniformarsi alle sentenze del giudice ordinario ex art. 27, n. 4, T.U. Cons.St..

¹⁴ Nigro, *Giustizia amministrativa* VI ed. a cura di. Cardì E e Nigro A., Bologna, 2002.

Alla tesi che ricostruisce la situazione soggettiva della pubblica amministrazione soccombente in termini di dovere (non di obbligo)¹⁵ e del privato in termini di interesse legittimo¹⁶ si è contrapposta quella, oggi seguita dalla giurisprudenza, che configura come diritto soggettivo perfetto la posizione giuridica che vanta il privato nei confronti dell'obbligo della P.A. di conformarsi al giudicato. Ne consegue da quest'ultimo orientamento che il provvedimento sopravvenuto non conforme alla statuizione giurisdizionale definitiva dalla quale non residuano margini di discrezionalità della P.A. non può ritenersi semplicemente annullabile bensì nullo e, quindi, improduttivo di effetti in quanto adottato in carenza di potere: la nullità dell'atto adottato dall'amministrazione in violazione o elusione del giudicato già affermata dalla giurisprudenza sin dalla decisione Cons. St., ad. plen., n. 6/1984 è stata successivamente prevista dagli art. 21 *septies*, L. 241/1990 e poi dagli artt. 31, comma 4, e 114, comma 4, lett. b, del c. p. a.¹⁷

Contestualmente al predetto dibattito si è pure posta, come detto, la problematica relativa alla natura stessa del giudizio di ottemperanza: le diverse tesi emerse in dottrina oscillano fra quella che qualifica l'ottemperanza in termini di giudizio di mera esecuzione (in tal senso fra gli altri Caianello) quella che lo qualifica come giudizio di cognizione (Sandulli, Police) ed infine quella che lo qualifica in termine di giudizio o procedimento misto e cioè con connotazioni sia di cognizione che di esecuzione¹⁸.

L'adesione alla teoria mista ha condotto alla tesi del giudicato a formazione progressiva. Tale istituto è caratterizzato dal fatto che il giudice dell'ottemperanza, riempiendo spazi vuoti lasciati dal giudicato può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che sarebbero comunque devoluti alla sua giurisdizione¹⁹

E' quest'ultimo orientamento quello che attualmente prevale in giurisprudenza²⁰ anche se è ancora vivace il dibattito stesso sulla natura del giudizio in questione, problema che in verità andava risolto nell'ambito del codice del processo amministrativo considerati, soprattutto, i riflessi sui

¹⁵ Scoca, *il giudizio di ottemperanza* in *Una giustizia per la P.A.*, a cura di Spagnolo, Vigorita, Napoli, 1983, 115 - 118; Calabrò C., *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati* in *Volume aggiornamento XI Enciclopedia giuridica* 2003; Caianello, *diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 848.

¹⁶ Cannada Bartoli, *aspetti processuali dell'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. It. Scienze giuridiche*, 1949, 253-254; Ferrara, *dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, 199 ss.

¹⁷ In argomento Patroni Griffi F. i, *l'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in *Consiglio di Stato di Francia ed Italia*, Milano, 1998, p. 285.

¹⁸ Nigro M. è, tra gli autori più importanti, quello che ha sposato la teoria della natura mista, sia di esecuzione che di cognizione: *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 191.

¹⁹ Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5380.

²⁰ Vari sono stati gli apporti monografici anche recenti sul giudizio di ottemperanza: Sanino M., *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014; G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013; D. Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, Roma, 2011.

poteri da riconoscere al giudice in relazione alle diverse qualificazioni dello stesso giudizio di ottemperanza.

Tale giudizio, il cui fondamento riposa come detto sul principio di effettività delle decisioni e quindi della tutela giurisdizionale, proprio per la sua stretta connessione a tale principio²¹ merita particolare ulteriore approfondimento a fronte della sua disciplina attuale rinvenibile negli articoli 112, 113 e 114 del codice del processo amministrativo del 2010²².

In quest'ultimo l'oggetto del giudizio di ottemperanza è rappresentato dalla puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione.

Il codice stesso, previsto che presupposto per il giudizio in esame è l'inottemperanza, sembra mostrare un *favor* per la concentrazione nel giudizio stesso di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato in relazione alla sua esecuzione.

Se ciò è vero è altresì incontestabile che non qualsiasi provvedimento adottato dopo un giudicato e in conseguenza di esso ma in contrasto con la soddisfazione del ricorrente vittorioso debba essere impugnato davanti al solo giudice dell'ottemperanza.

Occorre, preliminarmente, distinguere un giudizio di ottemperanza relativo alle sentenze del giudice ordinario ed un giudizio di ottemperanza relativo alle sentenze del giudice amministrativo: in altri termini il giudizio stesso trova il suo campo di applicazione nei casi in cui la P. A. è tenuta a conformarsi al giudicato sia del primo che del secondo giudice e ciò in base al principio di effettività della tutela giurisdizionale e del carattere generale dello strumento di tutela giurisdizionale di ottemperanza: il principio di effettività costituisce, come detto, il comune fondamento sia del giudizio di ottemperanza al giudicato ordinario sia di quello al giudicato amministrativo. Sono suscettibili di passare in giudicato solo le sentenze di merito e il giudicato si forma in relazione al dispositivo, agli accertamenti ed affermazioni contenute nella motivazione della statuizione (Virga).

I presupposti per l'azionabilità del giudizio di ottemperanza previsti dalla legge Tar erano: a) l'esistenza di una decisione passata in giudicato e cioè di una sentenza avverso la quale non sono più ammessi mezzi di

²¹ È proprio dall'efficacia del rimedio dell'ottemperanza che dipende l'effettività della tutela giurisdizionale.

²² Originariamente il giudizio di ottemperanza era previsto (art. 27, n. 4 T.U. Cons. St.) per la sola esecuzione della sentenza civile; l'estensione di tale rimedio anche alle sentenze amministrative è stata poi introdotta dalla giurisprudenza (Cons. St., 2 marzo 1928, n. 181) per assicurare la concreta attuazione anche della sentenza del giudice amministrativo e piegare quindi la resistenza o l'inerzia delle amministrazioni più riottose e renitenti; l'estensione stessa è stata poi tradotta in legge dall'art. 37 della legge istitutiva dei Tar.

impugnazione²³; b) la necessità di un provvedimento della P.A. successivo alla pronuncia; c) la messa in mora della P.A.; d) l'inottemperanza della P.A. successiva alla messa in mora.

Relativamente al presupposto di cui alla lettera a) va rilevato che l'articolo 10 della successiva legge n. 205/2000 ha modificato l'art. 33 della legge Tar prevedendo che in presenza di una sentenza di primo grado, appellata ma non sospesa dal Consiglio di Stato, l'interessato, a fronte dell'inerzia della P.A., può adire nuovamente il giudice di primo grado al fine di ottenere da quest'ultimo i provvedimenti idonei ad assicurare l'esecuzione della sentenza: allo stesso giudice vengono in sostanza riconosciuti i poteri propri del giudice dell'ottemperanza al fine di dare piena e completa attuazione alla sentenza stessa.

Ne consegue che qualora l'A. non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non costati le conseguenze giuridiche che da essa discendono o nel caso di inerzia l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, ben può sindacare in modo pieno, completo e soddisfacente per il ricorrente l'attività posta in essere dall'amministrazione o il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure, direttamente o per il tramite di un commissario *ad acta*, necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo²⁴.

Si ritiene: che sono solo le statuizioni di accoglimento del ricorso a far nascere in capo all'A. destinataria un obbligo di ottemperanza che può dirsi assolto se vengono posti in essere atti completamente soddisfatti rispetto alle statuizioni medesime; che per l'esecuzione di tutte le sentenze e provvedimenti elencati presupposto imprescindibile è che sia parte del giudizio una Pubblica Amministrazione o un soggetto ad essa equiparato.

Ai sensi del lo stesso art. 112, co. 3 c.p.a. - come sostituito dal'art.1 co.1 lett.cc), n.1) d.lg 15 novembre 2011, n.195 - in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello affermato con la sentenza da eseguire ne possono essere proposte domande non contenute nel decisum della sentenza stessa²⁵ con eccezione per l'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di

²³ Sono solo le statuizioni di accoglimento del ricorso a far nascere in capo all'amministrazione destinataria u obbligo di ottemperanza, che può dirsi assolto se vengono posti in essere atti completamente soddisfatti rispetta quelle statuizione. Il giudicato può formarsi solo in relazione ai capi di sentenza che siano state oggetto di pronuncia espressa.

²⁴ Tra le tante Cons. St., sez. III, 13 settembre 2012, n. 4887.

²⁵ Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n.2529

rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonchè per l'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato o alla sua violazione o elusione (Cons. St., V,16/1/ 2013).

Le decisioni adottate in sede di ottemperanza sono inappellabili solo se contengano disposizioni meramente attuative del giudicato. Sono invece soggette all'appello quelle che risolvono anche questioni di natura cognitoria o questioni inerenti l'elusività o non del provvedimento adottato dalla P.A. tenuta all'esecuzione della sentenza di merito (giurisprudenza costante).

Si rileva, a tal proposito, che all'inottemperanza si riconosce ormai un'estensione ampia, ricomprendendovi non solo i casi in cui l'A. non adotti il provvedimento conseguente alla sentenza, ma anche quelli in cui pone in essere un provvedimento violativo o elusivo del giudicato nonché le ipotesi di attuazione incompleta o parziale dell'obbligo di esecuzione del giudicato.

Di conseguenza anche i poteri decisionali del giudice amministrativo in sede di ottemperanza sono molto ampi potendo egli, come già rilevato, sostituirsi alla stessa

P. A. nell'adozione dell'atto che questa aveva l'obbligo di emanare: il potere sostitutivo trae la sua *ratio* nel fatto che la P.A. non ha più alcuna possibilità di scelta tra soluzioni fungibili ma deve richiamarsi al contenuto del giudicato, legge del caso concreto: di regola lo stesso giudice dell'ottemperanza anziché emettere lui stesso il provvedimento nomina un commissario ad acta²⁶.

Un cenno finale merita la questione relativa alla possibilità o meno di proporre per la prima volta in sede di ottemperanza domanda di risarcimento del danno.

Anteriormente alle modifiche apportate all'articolo 112 c.p.a. dal primo correttivo di cui alla d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 sulla questione stessa si erano formati due orientamenti: un primo per il quale, in applicazione della regola del doppio grado di giudizio, è inammissibile, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'istanza risarcitoria ex articolo 112, comma 4, c. p. a. (comma abrogato dal predetto primo correttivo al codice) formulata per la prima volta e portata direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato nel giudizio di ottemperanza; un secondo orientamento per il quale invece è ammissibile direttamente in sede di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato la richiesta di risarcimento del danno per equivalente derivante dalla mancata esecuzione del giudicato²⁷.

²⁶ Tale potere di nomina è oggi previsto dall'articolo 114 comma 4 lettera d) del c.p.a.

²⁷ Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661.

La questione può dirsi ormai superata sulla base dell'art. 112, comma 3 c. p. a., come sostituito dall'art.1, comma 1, lett. c), n. 1) d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195.

Ai sensi della norma stessa in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel *dictum* da eseguire, con eccezione per l'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, per l'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato o alla sua violazione o elusione,²⁸ nonché per l'azione di risarcimento collegata al giudizio di annullamento.

Relativamente al procedimento il ricorso di ottemperanza sulla base dell'art. 114 c. p. a.: non deve più essere preceduto dalla diffida e si propone nel termine di prescrizione di 10 anni dal passaggio in giudicato della sentenza cui si riferisce; va notificato alla P.A. e a tutte le parti del giudizio definito con la sentenza stessa da allegare al ricorso stesso.

L'art. 87, comma 3 c. p. a, ha introdotto il dimezzamento dei termini processuali per i riti speciali per cui tutti i termini processuali nei giudizi di ottemperanza (oltre che per quelli sul silenzio e sull'accesso) sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti; la camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intime.

Lo stesso articolo dispone che il giudice decide con sentenza in forma semplificata ed in caso di accoglimento del ricorso: ordina l'ottemperanza anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'Amministrazione; dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; nomina, ove occorra, un commissario *ad acta*; fissa su istanza di parte, ove non sussistano ragioni ostative, una somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato.

Spesso il giudice dell'ottemperanza assegna all'A. un termine per provvedere disponendo nel contempo la nomina del commissario *ad acta* affinché lo stesso, trascorso infruttuosamente il predetto termine, adotti in via sostitutiva l'adempimento del giudicato.

²⁸ Cons. St.,sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2830; sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240.

Gli atti del giudice dell'ottemperanza o del commissario *ad acta* sono impugnabili, anche dall'Amministrazione, con reclamo notificato da depositare entro 60 giorni dinanzi allo stesso giudice dell'ottemperanza.

I terzi estranei al giudicato possono chiedere l'annullamento degli atti stessi al giudice di primo grado con rito ordinario e non in sede di ottemperanza.

Si ritiene che le pronunce rese in sede di ottemperanza siano gravabili con azione di revocazione e che anche per esse i termini di proposizione siano quelli previsti nel libro terzo del c. p. a..

Non sempre, tuttavia, è semplice decidere se un nuovo provvedimento adottato dall'A. a seguito di giudicato debba essere impugnato in sede di ottemperanza o con ricorso ordinario e la scelta tra questi due rimedi non è irrilevante se si considera che il giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza esercita una giurisdizione estesa al merito.

E' ben vero che il c. p. a. mostra un *favor* per la concentrazione nel giudizio di ottemperanza delle questioni che sorgono dopo il giudicato in relazione alla sua esecuzione ma è altresì certo che in presenza di un successivo atto nuovo discrezionale autonomamente dannoso ma non elusivo o violativo del giudicato medesimo l'azione debba svolgersi col ricorso ordinario.

Ciò avviene, tra l'altro, nell'ipotesi in cui il giudicato annulli un provvedimento solo per vizi formali: in tal caso se l'A. nell'emanare il nuovo provvedimento non satisfattivo elimina tali vizi senza violare o eludere il giudicato non si è in presenza di inottemperanza ma di un atto autonomamente lesivo da contestare, ove eventualmente viziato, con gravame ordinario.

Relativamente alla delicata questione dei rapporti tra il giudicato e sopravvenienze di fatto e di diritto dei quali si deve tener conto in sede di esecuzione del giudicato, si è affermato in giurisprudenza che il giudice dell'ottemperanza deve apprezzare le sopravvenienze stesse per stabilire se il ripristino della situazione soggettiva sacrificata illegittimamente come accertato in sede di cognizione sia compatibile con lo stato di fatto e di diritto prodottosi *medio tempore*, ferma in ogni caso l'irrilevanza delle sopravvenienze successive alla notifica della sentenza da ottemperare (giurisprudenza prevalente²⁹).

I terzi estranei al giudicato possono chiedere l'annullamento degli atti stessi al giudice di primo grado con rito ordinario e non in sede di ottemperanza (art.114, c. 8 c. p.a.).

Ed invero se, come già rilevato, l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i risultati garantiti nella sfera sostanziale, e ciò per quanto più è possibile, appare evidente come lo strumento dell'ottemperanza sia correlato all'esigenza di una tutela piena ed

²⁹ Cons. St., A. Pl., 21 febbraio 1994, n. 4; sez. VI, 17 giugno 2010, n. 3851; 5 luglio 2011, n.4037; sez. V sez., 10 gennaio 2012, n. 36

“effettiva” a chi propone ricorso ed ottiene una decisione definitiva favorevole: il principio di effettività della tutela, che si intersica col principio di buon andamento della P.A. e quindi col corretto esercizio del potere amministrativo, è particolarmente pregnante proprio nella fase dell’esecuzione del giudicato.

La stessa rappresenta l’ipotesi più importante di giurisdizione di merito attribuita al giudice amministrativo, giurisdizione cioè relativa ai ricorsi diretti ad ottenere l’adempimento dell’obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto.

L’articolo 112 c. p. a., premesso che tutti i provvedimenti del giudice devono essere eseguite dalla P.A. e dalle parti, indica l’oggetto del giudizio di ottemperanza e quindi elenca i casi in cui può essere spedita la relativa azione, in relazione alla quale il giudice amministrativo esercita come detto giurisdizione di merito con possibilità per lo stesso di adottare provvedimenti in luogo dell’amministrazione inadempiente, cioè di sostituirsi coattivamente alla stessa

L’azione di ottemperanza, ex art. 112 c. p. a., può essere, quindi, rivolta ad ottenere l’attuazione:

a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato (co. 1, lett. a) o di altro giudice con esclusione della Corte dei Conti e del giudice tributario: non possono formare oggetto di ricorso per l’ottemperanza le sentenze di accoglimento auto esecutive atteso che in queste l’effetto giuridico si realizza esclusivamente mediante l’emanazione da parte del giudice della statuizione di annullamento senza che dal giudicato derivi per l’amministrazione alcun obbligo di compiere ulteriori attività materiali o giuridiche; sono solo le statuizioni di accoglimento del ricorso a far nascere in capo all’amministrazione destinataria un obbligo di ottemperanza;

b) delle sentenze TAR non sospese (commi 3 e 4) e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (ordinanze cautelari, decreti e simili): in tal caso il TAR esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza con obbligo dell’A. soccombente di assicurare nelle more del passaggio in giudicato della sentenza l’effettività delle situazioni giuridiche definite nella sentenza stessa³⁰;

c) delle sentenze e gli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario passati in giudicato (art.112, co. 2 lett. c): rientrano in questa fattispecie i decreti ingiuntivi non opposti o confermati in sede di opposizione, i decreti non opposti di condanna all’equa riparazione previsti dall’art.3, legge n.89 del 2001 (c.d. legge Pinto); i primi, in quanto definiscono le controversie al pari della sentenza passata in giudicato, hanno

³⁰ Ex multis Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2011n. 5580.

valore di cosa giudicato; essendo il giudizio di ottemperanza un rimedio facoltativo e non obbligatorio rispetto all'ordinario procedimento di esecuzione forzata dinnanzi al giudice ordinario i due rimedi possono integrarsi e completarsi a vicenda;

d) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (co. 1, lett. e), al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della P. A. di conformarsi ad essi; è questa una novità del codice che ha posto fine al contrasto tra chi già ammetteva l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione del lodo arbitrale divenuto esecutivo stante la sua equivalenza alla sentenza del giudice e chi la escludeva;

e) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto si sostiene in giurisprudenza che il riferimento agli altri provvedimenti...parrebbe indicare i decreti che definiscono il ricorso straordinario, ove agli stessi sia riconoscibile natura decisoria giurisdizionale e non amministrativa.

Ma, stante la mancanza di una chiara presa di posizione del legislatore, sul problema dell'ammissibilità o meno del ricorso per l'ottemperanza dei decreti medesimi al fine di ottenere l'esecuzione di quest'ultimi è sorto un acceso dibattito giurisprudenziale sia prima che dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Dopo quest'ultimo si è andata sempre più consolidando in dottrina e giurisprudenza (seppure con qualche voce contraria) la motivata tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con possibilità di promuovere il giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione del decreto presidenziale avente natura giurisdizionale³¹.

In sede di ottemperanza si può altresì chiedere: la condanna agli interessi e alla rivalutazione maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza; la condanna al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato; i chiarimenti, anche su richiesta del commissario *ad acta*, in ordine alle modalità di ottemperanza: il ricorso per ottenere i chiarimenti pur se inquadrato nell'ambito del giudizio di ottemperanza e disciplinato dall'art. 112 c. p. a., presenta natura diversa dall'azione di ottemperanza propriamente detta³², configurandosi come istanza volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza.

Anteriormente alle modifiche apportate all'articolo 112 c. p. a. dal primo correttivo di cui alla d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 sulla questione relativa al danno risarcibile in sede di ottemperanza si erano formati due orientamenti: un primo per il quale, in applicazione della regola del doppio

³¹ Cass.civ., S. U., 28 gennaio 2011, n.2065, idem 15 marzo 2012, n.4129; Cons.St. VI, 10 giugno 2011, n.3515; Ad. pl. Cons. St. 5 giugno 2012, n.18

³² Cons.St., sez. IV, 17 dicembre 2012, n.6468

grado di giudizio, è inammissibile, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'istanza risarcitoria ex articolo 112, comma 4, c. p. a. (comma abrogato dal predetto primo correttivo al codice) formulata per la prima volta e portata direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato nel giudizio di ottemperanza; un secondo orientamento per il quale invece è ammissibile direttamente in sede di ottemperanza davanti al Consiglio di Stato la richiesta di risarcimento del danno per equivalente derivante dalla mancata esecuzione del giudicato³³.

La questione può dirsi ormai superata sulla base dell'art. 112, comma 3 c. p. a., come sostituito dall'art.1, comma 1, lett. c), n. 1) d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195.

Ai sensi della norma stessa in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel *dictum* da eseguire, con eccezione per l'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, per l'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato o alla sua violazione o elusione,³⁴ nonché per l'azione di risarcimento collegata al giudizio di annullamento.

L'art.113 del c. p. a. disciplina la competenza a decidere sui ricorsi per l'ottemperanza alle sentenze e provvedimenti di cui al precedente art 112, nei seguenti termini:

1) i ricorsi per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato e di quelle esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (cioè le sentenze esecutive del giudice di primo grado non passate in giudicato ma non appellate o, se appellate non sospese, nonché le sentenze del giudice di appello non ancora passate in giudicato e non sospese) devono essere proposti dinanzi allo stesso giudice che ha emesso la sentenza di cui si chiede l'ottemperanza; se la sentenza del TAR è stata confermata dal Consiglio di Stato con motivazione che abbia lo stesso contenuto conformativo la competenza è dello stesso giudice di primo grado;

2) i ricorsi per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, nonché dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili devono essere proposti al TAR nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza;

³³ Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661.

³⁴ Cons. St., sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2830; sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240.

in queste ipotesi il Consiglio di Stato, in base al c. p. a., non è mai competente.

Le decisioni adottate in sede di ottemperanza sono inappellabili solo se contengano disposizioni meramente attuative del giudicato. Sono invece soggette all'appello quelle che risolvono anche questioni di natura cognitoria o questioni inerenti l'elusività o non del provvedimento adottato dalla P. A. tenuta all'esecuzione della sentenza di merito (giurisprudenza costante).

Ex articolo 14, comma 4 c. p. a., il giudice in caso di accoglimento del ricorso:

1) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso il luogo dell'amministrazione; 2) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; 3) 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; 4) nomina ove occorra commissari ad acta; 5) 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.

Al giudizio ottemperanza si riconosce, quindi, un'estensione ampia, ricomprendendovi non solo i casi in cui l'A. non adotti il provvedimento conseguente alla sentenza, ma anche quelli in cui pone in essere un provvedimento violativo o elusivo del giudicato nonché le ipotesi di attuazione incompleta o parziale dell'obbligo di esecuzione del giudicato.

Di conseguenza anche i poteri decisionali del giudice amministrativo in tale sede sono molto ampi potendo egli, come già rilevato, sostituirsi alla stessa P. A. nell'adozione dell'atto che questa aveva l'obbligo di emanare: il potere sostitutivo trae la sua *ratio* nel fatto che la P.A. non ha più alcuna possibilità di scelta tra soluzioni fungibili ma deve richiamarsi al contenuto del giudicato, legge del caso concreto: di regola lo stesso giudice dell'ottemperanza anziché emettere lui stesso il provvedimento nomina un commissario ad acta³⁵.

Relativamente al procedimento il ricorso di ottemperanza sulla base dell'art. 114 c. p. a.: non deve più essere preceduto dalla diffida e si propone nel termine di prescrizione di 10 anni dal passaggio in giudicato della sentenza cui si riferisce; va notificato alla P.A. e a tutte le parti del giudizio definito con la sentenza stessa da allegare al ricorso stesso.

³⁵ Tale potere di nomina è oggi previsto dall'articolo 114 comma 4 lettera d) del c.p.a.

L'art. 87, co. 3 c. p. a, ha introdotto il dimezzamento dei termini processuali per i riti speciali per cui tutti i termini processuali nei giudizi di ottemperanza (oltre che per quelli sul silenzio e sull'accesso) sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti; la camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimare.

Lo stesso articolo dispone che il giudice decide con sentenza in forma semplificata ed in caso di accoglimento del ricorso: ordina l'ottemperanza anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'A.; dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; nomina, ove occorra, un commissario ad acta; fissa su istanza di parte, ove non sussistano ragioni ostative, una somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato.

2.2 Tra i poteri del giudice dell'ottemperanza rientra quindi la facoltà di utilizzare, per far conseguire all'interessato l'utilità riconosciuta dalla sentenza da eseguire, strumenti particolarmente incisivi come il **commissario ad acta** (art. 21 c. p. a.).

Spesso, infatti, il giudice stesso non provvede direttamente ad adottare le misure di competenza dell'A. rimasta inadempiente ma ricorre al predetto commissario, scelto fra i funzionari anche di altra Amministrazione.

Molto si è discusso in dottrina e giurisprudenza sulla natura del commissario ad acta: secondo alcuni dovrebbe essere considerato come organo straordinario dell'A. con la conseguenza che i suoi atti amministrativi sarebbero impugnabili in sede di giurisdizione di legittimità e annullabili in via di autotutela da parte dell'A. stessa; per la prevalente dottrina e giurisprudenza il commissario ad acta è organo ausiliario del giudice dell'ottemperanza per cui si esclude la possibilità per l'A. di esercitare poteri di autotutela mentre gli atti dello stesso sono impugnabili innanzi al giudice dell'ottemperanza con la possibilità per quest'ultimo di esaminare anche l'opportunità dell'atto del commissario; per un indirizzo minoritario il commissario sarebbe un organo misto, in parte ausiliario del giudice e in parte organo dell'Amministrazione.

Le SS. UU. della Cassazione in una decisione del 1999 (n.166) hanno ritenuto che il commissario sarebbe legato all'A. da un rapporto di servizio ai fini della configurabilità della sua responsabilità amministrativa per danni causati nell'esercizio delle proprie funzioni.

A seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo la predetta questione non ha più ragion d'essere avendo l'art. 21 dello stesso

codice qualificato il commissario *ad acta* "ausiliario" del giudice di ottemperanza, ossia organo che agisce, quale *loga manus* di quest'ultimo.

La nomina del commissario non determina di per se l'esaurimento della competenza della P.A. (sostituita) a provvedere all'ottemperanza al giudicato in quanto il venir meno dell'inerzia della stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario stesso: è indifferente per il privato che il giudicato sia eseguito dall'A. piuttosto che dal commissario perché l'attività di entrambi resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice³⁶.

Il commissario *ad acta*, essendo ausiliario del giudice di ottemperanza (art. 21 e 114, co. 4, lett. d, c. p. a)³⁷ ha gli stessi ampi poteri del giudice medesimo, è titolare di un potere derivante dal precetto giudiziario, è legittimato, in virtù del principio di pienezza ed effettività della tutela (art.24 cost. ed artt. 6 e 13 Convenzione CEDU), ad adottare ogni misura che consenta, anche in deroga ai canoni ordinari dell'azione amministrativa, la completa esecuzione del giudicato (giurisprudenza costante).

In altri termini il commissario ha il potere di emettere qualsiasi tipo di atto in concreto ritenuto necessario per ovviare alla riconosciuta inottemperanza della competente amministrazione, ivi compreso l'impegno, ove necessario, di fondi su capitoli di bilancio normalmente gestiti dall'A. ed ha altresì il potere di compiere le operazioni materiali eventualmente necessarie per dare completa attuazione al giudicato.

A fronte di tutto ciò, anche se residua come detto in capo all'A. dopo la nomina del commissario il potere/dovere di provvedere, la stessa A. non ha alcuna discrezionalità nel dare attuazione a quanto stabilito dal commissario *ad acta*.

Quest'ultimo, quale organo ausiliario del giudice, non deve sottostare a direttive di organi amministrativi ed i suoi atti non sono sottoposti a controlli o annullabili o suspendibili in sede amministrativa: l'A. non può autonomamente modificare quanto stabilito dal commissario in difetto di ricorso, può solo chiedere l'intervento del giudice ove sussistano dubbi interpretativi circa la portata applicativa del provvedimento commissariale e in ordine alle modalità di ottemperanza, dubbi aventi i requisiti della concretezza e della rilevanza.

I provvedimenti adottati dal commissario *ad acta* (così come quelli del giudice dell'ottemperanza) sono impugnabili dall'Amministrazione, con reclamo notificato da depositare entro 60 giorni dinanzi al giudice dell'ottemperanza in ossequio al principio secondo il quale l'organo legittimato ad avere cognizione degli incidenti in sede esecutiva è lo stesso deputato a dirigere l'esecuzione: le censure proponibili possono attenersi di

³⁶ Ex multis Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2011, n.2764.

regola al contrasto fra il provvedimento ed il giudicato o all'erroneo esercizio del potere discrezionale del commissario stesso.

I terzi estranei al giudicato possono chiedere l'annullamento degli atti stessi al giudice di 1° grado con rito ordinario e non in sede di ottemperanza (art.114, co. 6 del c. p.a.).

Stante l'ampia formulazione dell'art.114, comma 8, c. p. a. - per il quale " *le disposizioni di cui al presente Titolo si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali dal giudice dell'ottemperanza*" si ritiene che le pronunce rese in sede di ottemperanza siano gravabili con azione di revocazione e che anche per esse i termini di proposizione siano quelli previsti nel libro terzo del c. p. a..³⁸

3) L'astreinte nel processo amministrativo e nel processo civile: loro profili differenziali.

Tra i mezzi del nostro ordinamento preordinati a superare i ritardi e le resistenze stesse e quindi a dare attuazione ai principi della pienezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale rientra, come scritto, anche l'"*astreinte*", o c.d. penalità di mora introdotta dall'art. 114, lett. e, c.p.a..

Questo istituto processuale di origine francese, in quanto ispirato ad una funzione punitiva nei confronti della P.A. inadempiente agli obblighi conformativi discendenti dai *dictum* giudiziali, rappresenta uno strumento dissuasivo della mancata esecuzione delle stesse decisioni: la sua *ratio* si fonda, quindi, sul presupposto del rispetto di quest'ultime.

L'inserimento della misura medesima sia nel processo civile che nel processo amministrativo è stato, infatti, decisamente determinato dal predetto usitato inadempimento spontaneo delle statuizioni medesime e cioè dalla mancata collaborazione dell'amministrazione, ritenendo non di rado quest'ultima più conveniente non eseguire i giudicati rispetto ad una condotta diligente conforme al diritto e comunque dovuta anche in base al principio costituzionale del buon andamento della stessa amministrazione.

Gli strumenti processuali di cui all'art.114, comma IV, lett. e, del codice del processo amministrativo e all'art. 614-bis del codice di procedura civile, cioè le c.d. penalità di mora adottabili dal giudice civile e dal giudice amministrativo avverso la mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti dell'amministrazione, hanno come detto la finalità di assicurare per loro intrinseca natura l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale.

³⁸ Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2012, n.884

Le penalità stesse, quali misure coercitive, mirano in definitiva a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice oppure a colpire ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato: a carico del debitore costituiscono infatti una misura coercitiva indiretta di carattere patrimoniale ispirate dall'esigenza di fornire al creditore vittorioso in giudizio uno strumento ulteriore di coazione all'esecuzione di una sentenza di condanna.

Questi rimedi al mancato adempimento del titolo giudiziale, nella loro duplice veste deterrente e sanzionatoria e perciò di tutela rafforzata del creditore stesso, operano quando la P.A. dimostra la pervicace volontà di non attuare il giudicato.

In tale loro ruolo dissuasivo/repressivo appare evidente l'obiettivo dell'*astreinte* di contribuire all'attuazione del giudicato medesimo considerato come "regola del caso concreto" e quindi alla concretizzazione dei principi surriferiti.

Tutto ciò sulla base e sulla spinta anche dei ripetuti moniti della CEDU e della Corte Costituzionale: la prima aveva avuto modo di rimarcare che *"il diritto ad un tribunale sarebbe fittizio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte"*³⁹; la seconda di precisare, con due importanti decisioni del 1995⁴⁰, che *"una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione... non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi"*, sicché il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'imprescindibile esigenza di credibilità collegata all'esercizio della relativa funzione richiedono sempre il potere di imporre coattivamente la decisione.

Si sostiene che il principio di effettività della tutela giurisdizionale costituisca il fondamento sul quale riposa sia il giudizio di ottemperanza al giudicato ordinario ed amministrativo⁴¹ sia lo stesso istituto dell'*astreinte* operante in chiave preventiva/dissuasiva.

Ed invero se l'effettività della tutela giurisdizionale è, giova ribadirlo, la capacità del processo di far conseguire i risultati garantiti nella sfera sostanziale appare evidente come anche lo strumento in esame, di stimolo all'esecuzione della sentenza tramite la condanna al pagamento di una penalità di mora, sia correlato all'esigenza di una tutela piena ed "effettiva" a chi propone ricorso ed ottiene una decisione definitiva favorevole. Dopo circa un lustro dall'inserimento del predetto modello di penalità di mora

³⁹ Sent. Hornsby c. Grecia, 13/03/1997, e Ventorio c. Italia, 17/05/2011.

⁴⁰ Corte cost. 8 settembre 1995, n. 419 e 15 settembre 1995 n. 435.

⁴¹ Patroni Griffi F. i, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, I consigli di Stato di Francia ed Italia, Milano, 1998, p. 285.

nell'ambito del processo civile italiano, l'art. 114 comma 4 lett. e) del d.lgs. 104/2010 ha introdotto e disciplinato l'astreinte nel diritto amministrativo. Quest'ultima norma prevede, infatti, che il giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso "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".

Così come evidenziato per l'art. 614 bis del c. p. c. anche tale ultimo istituto rappresenta un fatto innovativo rispetto alla nostra tradizione processuale⁴² e delinea anch'esso una misura coercitiva indiretta a carattere sanzionatorio/pecuniario⁴³, inquadrabile nell'ambito delle sanzioni civili indirette, che tende a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice⁴⁴.

È, come vedremo, prevalente in dottrina⁴⁵ e in giurisprudenza⁴⁶ il riconoscimento della natura sanzionatoria dell'*astreinte*; si ritiene inoltre che la caratteristica peculiare della penalità di mora sia la mancanza di una necessaria corrispondenza tra il vantaggio pecuniario che il soggetto leso consegue e il danno effettivamente subito.

Relativamente a tale istituto assume anzitutto un particolare rilievo la sua stessa collocazione nella fase processuale dell'ottemperanza, per cui si potrà, a seconda dei casi, far eseguire la sentenza in modo diretto/sostitutivo con la nomina del commissario *ad acta* e in modo indiretto con l'*astreinte*⁴⁷.

La già rilevata mancata esecuzione delle sentenze ha, quindi, indotto il legislatore a predisporre differenti strumenti di natura c.d. compulsoria ritenuti cumulabili con strumenti surrogatori come appunto la nomina del commissario *ad acta*, il quale non compie alcun tipo di sollecito o stimolo per la pubblica amministrazione ma si sostituisce definitivamente ad essa.

Ciò premesso va tuttavia evidenziato come parte della dottrina sostiene che sebbene l'*astreinte* del diritto amministrativo sia stata inserita nella fase dell'ottemperanza attribuendo a quest'ultima un volto nuovo⁴⁸, essa, ai sensi

⁴² Vedasi, *ex multis*, Consolo C., *una buona novella al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in Corr. Giur., 2009,6, p. 737 ; Capponi B., *Astreintes nel processo civile italiano*, In Giust. Civ., 1999, II, p. 157.

⁴³ Cons. Giust. Amm. Sic., 30 aprile 2013, n. 424.

⁴⁴ V. Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

⁴⁵ Per tutti F. Cortese, *sull'obbligo di pagare 1 somma di denaro ex art. 114, comma 4 lett. e): natura giuridica e regime applicativo*, in Responsabilità civile e Previdenza, fasc.2, 2014, p. 657.

⁴⁶ *Ex multis* Cons. St. Ad. Pl. n. 15 del 2014; Sez. IV, 29/01/2014, n. 462 e 31 maggio 2012 n. 3272; sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781; sez. III, 30 maggio 2013, n. 2933.

⁴⁷ Buscicchio F., *Le astreintes nel processo amministrativo*, in Giur. merito, fasc. 11, 2012, p. 2446.

⁴⁸ A.Cerreto, *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, in www.giustizia-amministrativa.it subisce

dell'art. 34, comma 1, lett. e) c. p. a. può ritenersi applicabile non solo in fase di ottemperanza ma anche in fase di cognizione⁴⁹.

Tale tesi viene sostenuta sul rilievo che il predetto articolo, nel descrivere le sentenze di merito adottabili dal giudice, contempla la possibilità di disporre 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'ottemperanza⁵⁰.

Altra parte della dottrina è contraria a tale lettura dell'art. 34 sostenendo che esso avrebbe dovuto contenere un espresso richiamo così come avviene per il commissario *ad acta*⁵¹.

Va, infine, rilevato che pur in presenza dell'identica finalità è dell'*astreinte* l'istituto ha nel processo civile e in quello amministrativo i seguenti profili differenziali:

- mentre la sanzione di cui all'articolo 614-bis c.p.c. è irrogata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito con riguardo del fatto ipotetico del futuro inadempimento, nel processo amministrativo la penalità di mora è irrogata dal giudice, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo della P.A. di eseguire il comando imposto dalla sentenza che ha definito il giudizio⁵²;
- nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina la condiziona all'eventuale inadempimento del precetto giudiziario nel termine fissato; al contrario, nel processo amministrativo l'*astreinte* può essere di immediata esecuzione, in quanto sancita da una sentenza che nel giudizio di ottemperanza ha già accertato l'intervenuto inadempimento del debitore;
- le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo hanno una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile in quanto nell'articolo 114, comma 4°, lett. e, c. p. a. non è previsto il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi avente ad oggetto un non fare o non fare infungibile;
- per quanto riguarda lo stesso articolo 114, il giudizio sul *quantum* che il legislatore ha affidato al giudice amministrativo non trova particolari

⁴⁹ Lipari M. , *L'effettività della decisione tra cognizioni ottemperanza*, in www.Federalismi.it;

⁵⁰ In tali termini Castorina A., op. cit.

⁵¹ Per tutti Pizzorno S., *Sulle azioni esperibili verso la P.A. nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it

⁵² Ex art. 114, comma 4, lett. e) del c.p.a è dunque la pronuncia di ottemperanza, che, constatando l'intervenuto inadempimento da parte dell'amministrazione, fissa la somma di denaro dovuta "per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato". Dal tenore della predetta norma sembra evincersi che il rimedio può operare soltanto qualora l'amministrazione non rispetti il vincolo fissato dal giudice d'ottemperanza di adempiere entro un termine fissato nella sentenza medesima.

prescrizioni e la disposizione medesima non richiama parametri o indici per la quantificazione della somma dovuta, fissati invece dall'art. 614 bis c. p. c. il quale chiarisce al 2^o comma che la somma individuata dal giudice ordinario deve tener conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile⁵³;

- il c. p. a. prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative"⁵⁴.

Da quanto detto sembra che la penalità di mora disciplinata dall'articolo 114 c. p. a. si distingue in modo significativo da quella prevista per il processo civile, che all'*astreinte* amministrativa debba essere riconosciuta una portata più ampia rispetto a quella civilistica, che la scelta di limitare l'ambito di applicazione della penalità di mora nel processo civile sia il frutto della discrezionalità legislativa.

⁵³ Il riferimento di cui al 2^o comma dell'art.614-bis ha spinto parte della dottrina ad attribuire natura indennitaria o risarcitoria all'*astreinte*, col conseguente obbligo di procedere allo scorporo delle relative somme da quanto dovuto a titolo di risarcimento del danno: per tutti A. Lombardi, op.cit.

⁵⁴ Si ritiene che dette ragioni potrebbero essere riscontrate nelle peculiarità del giudizio di ottemperanza ovvero nella natura del rapporto controverso che vede quale parte necessaria 1 pubblica amministrazione. Si veda sul punto: E. Petronio. *Il commento alla decisione dell'adunanza plenaria 25 giugno 2014, n. 15*, in *Il nuovo diritto amministrativo* 4/2014 , DIKE ed.,p. 10; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2014, Roma, p. 1873.