

Il nuovo volto dell'ottemperanza^{i[1]}

(<http://www.giustizia-amministrativa.it/>)

Sommario.1. Premessa; 2.L'origine del ricorso per l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato delle sentenze del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione; 3.Contenuto e limiti dell'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario con accenno alla giurisprudenza più antica; 4.Ragioni della mancata estensione del rimedio alle sentenze amministrative; 5.L'estensione pretoria del rimedio alle sentenze del giudice amministrativo e dei giudici speciali; 6.L'indefettibilità del giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza della Corte costituzionale; 7.Significato della giurisdizione di merito per il giudizio di ottemperanza; 8.La legittimazione al ricorso per l'ottemperanza; 9. La procedura del ricorso per l'ottemperanza e la sua decisione in camera di consiglio; 10.Sviluppo della normativa fino all'introduzione del codice del processo amministrativo; 11.Contenuto e limiti dell'obbligo di conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo fino all'introduzione del codice; 12.Il giudizio di ottemperanza nelle disposizioni del codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n.104) come integrato dal primo correttivo (d. lgs. 15 novembre 2011, n.195), con sintetico commento; 13. Sentenze e provvedimenti suscettibili di ottemperanza e modulazione dei poteri di decisione offerti al giudice dell'ottemperanza; 14. La domanda di risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza; 15.La penalità di mora; 16.I poteri del commissario ad acta e la contestazione dei suoi atti; 17. L'impugnativa degli atti rinnovati non violativi o elusivi del giudicato. 18.Le sopravvenienze di fatto e di diritto; 19. Sindacato della Corte di cassazione a sezioni unite sul giudizio di ottemperanza; 20. Il ruolo sistematico del giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo; 21. Conclusione provvisoria e questioni aperte.

1.Premessa.

Il titolo dell'argomento si adegua alla denominazione del titolo I del libro quarto del codice del processo amministrativo "giudizio di ottemperanza", che viene utilizzato per la prima volta in una disposizione legislativa relativa al processo amministrativo^{ii[2]}, con estensione a cinque categorie di provvedimenti giurisdizionali suscettibili di ottemperanza^{iii[3]}, elencate nell'art. 112.

Ma per poter sufficientemente apprezzare il contenuto innovativo del codice, è opportuno procedere ad una indagine storica^{iv[4]} con l'ausilio prevalente della giurisprudenza, poiché la disciplina relativa all'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi ai giudicati^{v[5]} è essenzialmente frutto dell'attività pretoria del Consiglio di Stato costruita su poche scheletriche disposizioni normative, che sono rimaste sostanzialmente inalterate fino al 16 settembre 2010, salvo alcuni modesti adattamenti in considerazione dell'istituzione nel 1971 dei Tribunali amministrativi regionali.

L'argomento inoltre è distribuito in due parti, di cui la prima tenta di dar conto degli aspetti essenziali emersi fino all'entrata in vigore del codice (paragrafi 2-11) e la seconda illustra le innovazioni introdotte dal codice e primo correttivo insieme alla giurisprudenza più significativa intervenuta nell'ultimo periodo (paragrafi 12-21).

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

Con la legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all.E), il legislatore introdusse il sistema della giurisdizione unica sui diritti soggettivi, considerandoli l'unica posizione giuridica soggettiva tutelabile in giudizio nei confronti della pubblica amministrazione e ne affidò la tutela al giudice ordinario. Invece, "gli affari non compresi" tra i diritti soggettivi vennero attribuiti alla cura esclusiva della stessa autorità amministrativa. Il

giudice ordinario aveva (ed ha generalmente tuttora^{vi[6]}) solo il potere di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo lesivo del diritto soggettivo del privato in relazione all'oggetto della controversia, senza poterlo modificare o revocare (e perciò neppure annullare o sospendere)^{vii[7]}.

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

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

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

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

Il testo finale era stato ispirato da un lato dall'esigenza che fosse più corretto valersi, per quanto possibile, delle parole adoperate nell'art.4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo e dall'altro dalla considerazione che non fosse corretto concentrare l'intento del ricorso nella revoca e nella modificazione dell'atto o provvedimento dichiarato lesivo di un diritto civile o politico, atteso che per eseguire il giudicato non sempre tale revoca o modificazione può essere necessaria^{viii[8]}

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

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

Nonostante la lettera della disposizione si riferisse al "giudicato dei tribunali", talvolta fu ammesso il ricorso anche nel caso di sentenza con titolo esecutivo^{ix[9]}, ma poi è prevalsa la necessità del giudicato formale^{x[10]}, che persiste tuttora per le sentenze del giudice ordinario^{xi[11]}, nonostante che sia stato introdotto il rimedio dell'ottemperanza per le sentenze esecutive del giudice amministrativo dall'art. 10 l. 21 luglio 2000, n.205.

Il giudicato del giudice ordinario comporta, a carico dell'amministrazione, a parte alcune incertezze iniziali, un vero e proprio obbligo di conformarsi per quanto riguarda il caso deciso^{xii[12]}, che deve essere intervenuto tra la pubblica amministrazione e un privato e non tra privati^{xiii[13]}.

Il giudice ordinario, nel caso di accertata illegittimità dell'atto amministrativo lesivo del diritto soggettivo, non può procedere alla condanna dell'amministrazione ad un facere che importi la rimozione diretta degli effetti diretti e specifici dell'atto, ma può dichiarare il diritto del privato leso dall'atto al fine di porre le premesse sia per la condanna al risarcimento del danno sia in funzione degli ulteriori effetti scaturenti dall'obbligo dell'amministrazione sancito dall'art. 27 n.4 T.U. n.1054/1024^{xiv[14]}.

Il contenuto del giudicato civile in relazione al caso deciso va determinato dal giudice amministrativo, il quale ha senz'altro il potere di interpretare la decisione oggetto di giudizio^{xv[15]} e la commissione di eventuali errori in sede interpretativa non investe i limiti esterni delle sue

attribuzioni giurisdizionali purchè tenga conto di elementi interni al giudicato da ottemperare e non di elementi esterni, la cui valutazione rientrerebbe comunque nella giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza^{xvi[16]}.

Dopo un lungo periodo di ritenuta inammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice ordinario di condanna della pubblica amministrazione al pagamento di somme di denaro, è stato recentemente riconosciuto che l'esigenza di completamento della tutela giurisdizionale si riscontra sia con riferimento alla fase provvedimento, nella quale vanno posti in essere tutti gli atti anche autoritativi necessari per eliminare gli atti riconosciuti lesivi del diritto soggettivo del privato o per creare situazioni giuridiche nuove, sia in relazione alla fase più strettamente adempitiva di preesistenti obblighi con operazioni materiali o atti giuridici di esecuzione della sentenza^{xvii[17]}. È stato precisato peraltro che per l'intervento del giudice dell'ottemperanza il privato non può limitarsi a chiedere il pagamento del dovuto ma deve sollecitare la sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione. Inoltre, l'obbligo di conformarsi è stato esteso anche alle sentenze del giudice ordinario di condanna al rilascio di un immobile da parte dell'amministrazione^{xviii[18]}. Successivamente il rimedio è stato esteso ai decreti ingiuntivi non opposti^{xix[19]}, alle ordinanze di assegnazione del credito ex art. 547 c.p.c. non opposte^{xx[20]} e ai lodi arbitrali dichiarati esecutivi che abbiano acquistato efficacia di giudicato^{xxi[21]}.

Occorre infine definire i casi in cui sussiste un obbligo di rimozione dell'atto amministrativo dichiarato illegittimo dal giudice ordinario per lesione di un diritto soggettivo. Si tratta di aspetto problematico in quanto connesso al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che ha subito nel tempo una lunga evoluzione^{xxii[22]}. Attualmente appare condivisibile l'opinione secondo cui la possibilità di proporre il giudizio di ottemperanza può essere riferita soltanto ai casi di disapplicazione principale da parte del giudice ordinario (art. 4 legge abolizione contenzioso del 1865), nei quali la contestazione e la cognizione del giudice hanno per oggetto in via diretta i diritti soggettivi lesi dall'amministrazione, per cui il rimedio è ammissibile in caso di sentenze del giudice ordinario dirette alla tutela di diritti fondamentali non degradabili o, in generale, dei diritti lesi da un provvedimento amministrativo emanato in carenza di potere^{xxiii[23]}.

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

La mancanza di un atto da revocare non comporta l'inammissibilità del ricorso per esecuzione del giudicato del giudice ordinario, potendo la lesione del diritto soggettivo del privato essere cagionata da qualunque fatto positivo o negativo (ad es. occupazione abusiva di locali)^{xxiv[24]}.

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

Inizialmente il Consiglio di Stato si era espresso in senso negativo^{xxv[25]}, ma detto orientamento restrittivo appare recentemente superato, riconoscendosi la potestà del giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione per adottare quei provvedimenti necessari per l'esecuzione del giudicato^{xxvi[26]}, ma residua da stabilire in relazione al caso concreto fino a quale punto può sussistere una stretta consequenzialità.

Il ricorso va proposto, nei limiti della prescrizione dell'azione di giudicato^{xxvii[27]}, non prima di 30 giorni dalla messa in mora dell'amministrazione ai sensi dell'art. 90 R. D. n. 642/1907. Ma fin dall'inizio l'adempimento della messa in mora è stato ritenuto inutile in alcune fattispecie, così nel caso in cui l'amministrazione abbia deliberato di eseguire il giudicato, trattandosi in questo caso di stabilire se l'atto compiuto risponda o meno all'obbligo ad essa imposto dal giudice ordinario,^{xxviii[28]} o abbia manifestato chiaramente l'intenzione di non voler adempiere^{xxix[29]}.

Il ricorso può essere proposto non solo in caso di inerzia della p.a. o in caso di dichiarazione di non volere adempiere, ma anche quando abbia adottato qualche atto preparatorio ma di fatto poi non abbia adempiuto^{xxx[30]}, o quando abbia adottato atti aventi il fine apparente di eseguire la sentenza, ma sostanzialmente rivolti ad eluderla^{xxxii[31]}. Il ricorso per esecuzione del giudicato è ammissibile anche quando l'esecuzione spetti al Governo centrale^{xxxiii[32]}.

La mancanza di un atto da revocare non comporta l'inammissibilità del ricorso per esecuzione del giudicato del giudice ordinario, potendo la lesione del diritto soggettivo del privato essere cagionata da qualunque fatto positivo o negativo (ad es. occupazione abusiva di locali)^{xxxiiii[33]}.

La p.a. ha l'obbligo di eseguire il giudicato del giudice ordinario salvo il mantenimento dell'atto per supreme ragioni di interesse pubblico, con il pagamento di una congrua indennità al danneggiato^{xxxv[34]}.

In sede di esecuzione del giudicato, la Sezione non solo ha facoltà di imporre un termine all'Amministrazione per adempiere ma anche di ridurre il termine a tal riguardo fissato dall'Amministrazione; così come ha anche la facoltà di ordinare l'esecuzione d'ufficio a cura dell'autorità ad essa superiore^{xxxvi[35]}.

Tale orientamento è stato successivamente integrato, ammettendosi che il giudice amministrativo in sede di ottemperanza abbia i più ampi poteri per assicurare l'adempimento dell'obbligo di esecuzione, sia mediante statuizioni dirette, sia mediante la nomina di commissari ad acta con il compito di sostituirsi integralmente, anche per attività discrezionale, all'amministrazione inadempiente^{xxxvii[36]}. E' stato precisato che gli ampi poteri di merito spettanti al giudice amministrativo in sede di esecuzione del giudicato, gli consentono di sostituirsi a qualunque organo della P.A.^{xxxviii[37]}.

4.Ragioni della mancata estensione del rimedio alle sentenze amministrative.

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

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

In altri termini, a differenza della sentenza del giudice ordinario, che postula l'obbligo di conformarsi al giudicato come elemento esterno al contenuto e agli effetti della pronuncia, nel caso della sentenza del giudice amministrativo un siffatto obbligo non sembra assumere un rilievo autonomo rispetto alla sentenza di annullamento, atteso che l'effetto di ripristinazione è, per così dire, interno e ad essa connaturato. Inoltre, vigeva all'epoca la concezione che la giurisdizione amministrativa si dovesse limitare ad annullare l'atto illegittimo, essendo ritenuta l'attività positiva propria della p.a.^{xxxix[38]}.

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

l'esecuzione, azione di responsabilità davanti al giudice ordinario nei confronti del funzionario o dell'amministrazione che rifiuta l'esecuzione del giudicato, azione di responsabilità penale nei confronti del funzionario che rifiuta l'esecuzione)^{xxxix[39]}.

Sulla stessa linea si posero, nonostante fosse stata chiarita la natura giurisdizionale sia della quarta che della quinta Sezione, l'art. 23, comma n. 5, del T.U. n.638/1907, e gli artt. 88, 90 e 91 r.d. 17 agosto 1907 n. 638, che si limitarono a confermare il ricorso in esame con giurisdizione anche di merito e la relativa speciale procedura^{xi[40]}.

La normativa fu confermata anche in occasione dell'art. 27, n.4, del T.U. 26 giugno 1924 n. 1054, che in particolare non tenne conto delle conclusioni raggiunte da apposita Commissione reale, che al termine dei suoi lavori nel 1912, aveva suggerito tra l'altro di "estendere la procedura per l'esecuzione del giudicato del giudice ordinario anche al giudicato amministrativo, con particolare riferimento agli enti soggetti a tutela o vigilanza, con l'invio di commissari"^{xli[41]}.

5.L'estensione pretoria del rimedio alle sentenze del giudice amministrativo e dei giudici speciali.

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

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

Autorevole dottrina dell'epoca chiarì in modo perspicuo le ragioni per cui il problema dell'ottemperanza si poneva anche nei riguardi delle decisioni del giudice amministrativo, rilevando che esse possono essere di annullamento sia di un atto positivo che di un atto negativo (con obbligo di adottare un atto positivo) e che l'annullamento di un atto positivo può comportare l'effetto di vincolare l'Amministrazione nel suo ulteriore comportamento in relazioni ai motivi accolti^{xlii[42]}.

L'estensione avvenne inizialmente per l'esecuzione delle sentenze amministrative esecutive del giudicato del giudice ordinario^{xliii[43]} e poi, in considerazione dell'identità della ratio, per l'esecuzione del giudicato amministrativo relativamente alle posizioni di diritto soggettivo della giurisdizione esclusiva^{xliv[44]}. Solo verso gli anni cinquanta vi fu l'estensione anche nei confronti del giudicato amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità^{xlv[45]}, con l'avallo della Corte di Cassazione^{xlvi[46]}.

Infine, l'applicabilità dell'art.27 n.4 venne ulteriormente estesa ai giudicati delle giurisdizioni speciali, salvo che sia prevista una diversa competenza^{xlvii[47]}.

Vi fu anche il tentativo di ritenere suscettibile di esecuzione del giudicato la decisione del ricorso straordinario^{xlviii[48]}, non condiviso dalla Cassazione in considerazione della natura amministrativa della decisione del Capo dello Stato^{xlix[49]}.

6.L'indefettibilità del giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

E' stato sottolineato dalla Corte cost .che, in base principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia, con l'impossibilità di operare distinzioni di sorta tra funzioni giurisdizionali di natura diversa (ordinaria, amministrativa, di

legittimità di merito, esclusiva) che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi, anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, pur se adottato da un organo di rilievo costituzionale. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessitata^{l[50]}.

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

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

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

Ma, come fu notato dall'Orlando, rientrando nella giurisdizione anche in merito un elenco determinato di controversie, entrambe le tesi sono parziali in quanto tengono conto esclusivamente di alcune ipotesi trascurando le altre, atteso che vi sono casi in cui è evidente una pronuncia su veri e propri diritti soggettivi, mentre per altri la decisione ha un contenuto analogo ad un provvedimento amministrativo, senza escludere che in una determinata materia vi possano essere degli aspetti di carattere misto^{li[51]}.

Sui caratteri della giurisdizione anche in merito si soffermò anche il presidente Serena, nel discorso tenuto in occasione dell'assunzione della presidenza della Sezione quinta, precisando che essa non esclude il giudizio di legittimità, ma lo comprende e lo fonde con quello di merito; che tra le ipotesi previste di giurisdizione anche in merito, alcune riguardano giudizi su veri e propri diritti soggettivi, mentre per altre il sindacato attribuito ai tribunali amministrativi concerne l'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione ed il pronunciato può ispirarsi non solo a criteri di legittimità ma anche a quei criteri di equità, di convenienza e di opportunità che avrebbero dovuto determinare l'atto amministrativo sottoposto a sindacato^{lii[52]}.

Con particolare riferimento al giudizio di ottemperanza è stato precisato che la sua collocazione nella giurisdizione di merito è preordinata a consentire al giudice amministrativo una larga possibilità di valutazione e di scelta per quanto concerne gli strumenti operativi da imporre all'amministrazione, o da adottare direttamente a seconda dei casi, affinché dia puntuale attuazione al contenuto sostanziale della pronuncia passata in giudicato^{liii[53]}.

Tale giudizio si estrinseca nella verifica del puntuale ed esatto adempimento dell'obbligo della P.A. di conformarsi al contenuto del giudicato. Esso, al fine di soddisfare a pieno l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi dinanzi ad adempimenti parziali o incompleti o a condotte addirittura elusive del contenuto della decisione da ottemperare^{liv[54]}.

Sulla natura giurisdizionale del giudizio di merito del giudice amministrativo furono avanzati dalla dottrina forti dubbi che si sono trascinati fino all'intervento chiarificatore della Corte di Cassazione nel 1953^{lv[55]}, la quale ha ribadito il carattere giurisdizionale del procedimento per l'esecuzione del giudicato di cui all'art. 27 n.4 T. U. n.1054/1924 con riferimento alle sentenze sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo, avallandone la sua estensione al giudicato amministrativo e rilevandone, a fronte della tesi di intervenuta abrogazione dell'art. 27 n.4 del T. U. del 1924, la sua conservazione in presenza dell'art.113 Cost., che è diretto ad estendere e non a limitare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Il giudice amministrativo, anche quando decide della produzione di determinati effetti che tengano luogo di un provvedimento dell'autorità amministrativa, non è investito dei poteri di questa e non

compie un'attività amministrativa. Il giudice, benché attraverso il giudizio di ottemperanza, si venga a sostituire all'amministrazione entrando nei meccanismi dell'azione amministrativa, nel predisporre gli opportuni atti affinché il giudicato, ed in ultima analisi, l'interesse del privato, venga soddisfatto, conserva una posizione di terzietà ed imparzialità. Egli è sempre indipendente e non è privato delle sue prerogative e dei suoi poteri, a seconda del contenuto delle sue pronunzie, sicché le sue funzioni, anche nel giudizio di ottemperanza, conservano natura giurisdizionale^{lvi[56]}.

Altro aspetto problematico ha riguardato il carattere cognitorio o esecutivo del giudizio, ma ormai la tesi prevalente è che il rimedio abbia natura mista di cognizione e di esecuzione. Comunque il giudizio di ottemperanza presenta senz'altro caratteristiche differenti rispetto all'esecuzione forzata connotata dall'esistenza del titolo esecutivo: come è stato bene osservato, qui la cognitio è normalmente estranea perché il titolo esecutivo pone a disposizione di chi ne è il possessore una posizione di preminenza che non soggiace più ad alcun controllo^{lvii[57]}.

Per cui il giudizio di ottemperanza, secondo l'attuale elaborazione giurisprudenziale, ricomprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimento dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile^{lviii[58]}.

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

Legittimate, in via generale ed esclusiva, alla proposizione del giudizio di ottemperanza sono tutte e solo le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione concluso con la pronuncia oggetto della domanda di esecuzione, e non solo quelle in favore delle quali è stata emessa la decisione, in coerenza con la nozione della "cosa giudicata" ex art. 2909 c.c., perché l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato, ad ogni effetto, tra le parti, i loro eredi o aventi causa^{lix[59]}. Evidentemente a tale giudizio può partecipare anche il controinteressato che abbia interesse ad una corretta esecuzione del giudicato^{lx[60]}.

Contrariamente a quanto ritenuto in passato^{lxi[61]}, non è da escludere che l'iniziativa per la proposizione del giudizio di ottemperanza possa essere assunta eccezionalmente dall'amministrazione nei confronti del privato, purchè si tratti di effetti ripristinatori derivanti dal giudicato, come nel caso di giudicato solo parzialmente favorevole al privato che debba restituire delle somme ritualmente richieste dall'amministrazione^{lxii[62]}.

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

- a) deve trattarsi di un giudicato che abbia annullato un provvedimento amministrativo, dunque sia favorevole all'originario ricorrente^{lxiii[63]};
- b) la legittimazione dei terzi estranei deve inerire al solo profilo cassatorio del giudicato e non a quello prescrittivo nei cui confronti riprende vigore il principio dell'efficacia inter partes^{lxiv[64]};
- c) il giudicato deve incidere su un atto indivisibile che, oltre ad essere caratterizzato da una pluralità di destinatari, abbia un contenuto inscindibile sicché non possa essere frazionato in distinte ed autonome determinazioni, ovvero su un atto collettivo, che, parimenti, non possa essere ritenuto, all'esito del giudicato di annullamento, esistente per taluni o inesistente per altri.

Per quanto concerne i legittimati passivi, normalmente è tale la pubblica amministrazione (e i soggetti ad essa equiparati) tenuta all'adempimento del giudicato ed eventualmente, in caso di successione di enti, l'amministrazione subentrante^{lxv[65]} ed anche nel caso in cui il soggetto subentrante sia diventato nel frattempo privato^{lxvi[66]}, ma eccezionalmente può essere anche un privato su iniziativa dell'amministrazione, come prima accennato.

9. La procedura del ricorso per l'ottemperanza e la sua decisione in camera di consiglio.

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

La indubbia particolarità è che non occorre la notifica del ricorso introduttivo né all'amministrazione né ad eventuali controinteressati, che invece era (ed è) richiesta) per il ricorso ordinario (come già prescriveva l'art. 5, n.6, regolamento del 1889)^{lxvii[67]}.

Il problema è stato esaminato nel 2005 dalla Corte cost., che ha dichiarato la disposizione di cui all'art. 91 del regolamento del 1907 esente dal vizio denunciato in considerazione del fatto che la normativa in esame, attraverso l'imposizione alla segreteria competente dell'obbligo di effettuare la comunicazione "integrale" del ricorso depositato, realizzerebbe il valore della instaurazione del contraddittorio, con garanzie sostanziali non inferiori a quelle che vengono riconosciute alla notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario (o messo comunale)^{lxviii[68]}.

Però, la Consulta non ha affrontato la questione con riferimento ad eventuali controinteressati al giudizio di ottemperanza, ed è prevalsa in giurisprudenza l'esigenza di ritenere inammissibile il ricorso per l'ottemperanza non notificato ad alcun controinteressato^{lxix[69]}.

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

L'aspetto curioso è che fino al 1950, in mancanza di una disposizione che consentisse la camera di consiglio per tale ricorso, il Consiglio di Stato aveva ritenuto di osservare il dibattimento in pubblica udienza, ma poi ha mutato improvvisamente opinione considerando che nel ricorso in esame occorre solo determinare ciò che l'amministrazione ha ommesso di fare e debba di conseguenza essere ancora disposto in esecuzione del giudicato, con la conseguenza che il compito del giudice in tale giudizio "non fa apparire necessaria l'instaurazione di un vero e proprio rapporto processuale", essendo sufficiente l'acquisizione degli elementi di fatto necessari ad accertare se l'esecuzione del giudicato sia in tutto o in parte mancata ed eventualmente a stabilire quali siano in concreto gli atti amministrativi occorrenti al pieno adempimento del giudicato^{lxx[70]}.

Come è facilmente intuibile trattasi di una giustificazione labile e comunque non più valida in relazione allo sviluppo assunto dal rimedio con riferimento all'ottemperanza del giudicato amministrativo, in cui il giudice amministrativo ha anche un potere integrativo del giudicato ai fini dell'adeguamento della situazione al comando inevaso^{lxxi[71]}. Probabilmente la camera di consiglio si giustifica in alcuni casi per la semplicità e in altri per l'urgenza della decisione da assumere rispetto alle attese del privato che già ha dovuto attendere i tempi necessari per ottenere un giudicato^{lxxii[72]}.

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

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

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

giudicato i principi di cui agli articoli 100, 103, 111 e 113 Cost. che debbono essere correttamente letti alla luce dell'art. 24 Cost. al fine di assicurare pienezza e effettività alla tutela da elargire da parte del giudice amministrativo rispetto a tutte le situazioni soggettive che ricadono nella sua giurisdizione^{lxxiii[73]}.

Riprendendo il discorso sulla normativa ordinaria, solo con la legge 6 dicembre 1971 n.1034, istitutiva dei Tar, il legislatore ha preso atto di un indirizzo giurisprudenziale ormai cristallizzato. Peraltro, la legge n.1034/1971, dando ormai per acquisita l'esperibilità del rimedio per le sentenze del giudice amministrativo, pone soltanto alcune regole volte ad individuare il giudice competente per l'ottemperanza delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato nell'art. 37 (si tratta di competenza funzionale inderogabile^{lxxiv[74]}) e poi ne formalizza la trattazione in camera di consiglio, come già accennato.

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

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

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

Per le controversie relative a diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo valgono indubbiamente le stesse regole operanti nel processo civile in quanto il giudicato sul rapporto controverso si estende, oltre che sulle questioni effettivamente proposte in giudizio (dedotto), anche a quelle deducibili in via di azione ed eccezione (deducibile) che costituiscono precedenti logici essenziali e necessari alla pronuncia^{lxxv[75]}. In conformità del resto al principio secondo cui per la tutela di diritti soggettivi attribuiti alla giurisdizione esclusiva vale il principio della domanda e non quello dei motivi adottati proprio del processo impugnatorio^{lxxvi[76]}.

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

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

Con la sentenza in rito (dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, dichiarazione di estinzione per rinuncia o per perenzione), il giudice non esamina il merito della controversia ma si sofferma sui presupposti processuali, che se accertati carenti gli precludono l'esame del merito. Normalmente le sentenze in rito non hanno forza di cosa giudicata sostanziale, ma eccezionalmente questa si può verificare nel caso in cui nel pronunciare sul rito viene dato sostanzialmente ragione ad una delle parti, ad esempio se la carenza di interesse derivi dalla non riferibilità del provvedimento impugnato al ricorrente oppure dalla sua inefficacia o dalla sua nullità^{lxxvii[77]}. La cessazione della materia del contendere ha invece normalmente dei risvolti sostanziali in quanto il giudice per dichiararla deve accertare il pieno carattere satisfattivo del nuovo provvedimento in conformità all'istanza del ricorrente, ai sensi dell'art. 23 legge n.1034/1971.

La sentenza di rigetto presuppone l'esame di tutti i motivi di ricorso che vengono ritenuti infondati e/o irrilevanti. In giurisprudenza si tende ad escludere che sulla sentenza di rigetto si possa formare un giudicato sostanziale in quanto essa non sembra idonea a produrre effetti modificativi o innovativi rispetto alla situazione precedente^{lxxviii[78]}. Occorre peraltro considerare che la sentenza di rigetto contiene un accertamento giudiziale sulla legittimità dell'atto impugnato per lo meno per

quanto concerne i motivi proposti e che tale accertamento può essere utile al resistente, per cui possono sussistere aspetti di giudicato sostanziale.

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

Il secondo aspetto, che dal primo discende, è più problematico: il processo amministrativo segue a un procedimento amministrativo, che si vuole ispirato ai principi di imparzialità e trasparenza; la sentenza amministrativa solitamente non esaurisce la vicenda tra le parti, che continua nell'esercizio dell'ulteriore attività amministrativa, resa necessaria per soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente vittorioso; sotto tale profilo, anzi, la sentenza pone la regola per l'ulteriore attività amministrativa, la quale non è rapportabile alla semplice fase dell'esecuzione che può conseguire alla sentenza civile. Nella sentenza amministrativa, dunque, l'esigenza di certezza dei rapporti sembra prevalere sulla stessa esigenza di verità; la durata del giudizio assume un valore eminente anche sotto il profilo dell'effettività della tutela; la sentenza ha anche la funzione di fornire all'amministrazione la regola astratta di comportamento per i casi futuri, perché non sarebbe ammissibile, in un ordinato Stato di diritto, che comportamenti di una pubblica amministrazione, già ritenuti illegittimi dal giudice, sia pure con riferimento ad altre vicende, debbano essere ripetutamente portati in giudizio per venire nuovamente sanzionati.

In tale contesto, tra le funzioni della sentenza- quella endoprocessuale di fare giustizia tra le parti e quella extraprocessuale- assume rilievo centrale la funzione extraprocessuale di conformazione del futuro comportamento dei pubblici poteri; con la conseguenza che il valore di precedente della sentenza amministrativa, pur in un sistema che non conosce lo stare decisis - cioè la forza vincolante per i giudici dei propri precedenti- si fa più pregnante di quanto non sia per la sentenza civile^{lxxix[79]}.

E' ormai acquisito che una sentenza di annullamento è idonea a produrre tre diversi effetti: effetti demolitori in relazione all'annullamento ex tunc dell'atto^{lxxx[80]}, che costituisce l'effetto primario e formale della pronuncia; effetti ripristinatori, in quanto sorge l'obbligo per l'amministrazione di ripristinare le situazioni modificate o estinte dall'atto (restituito in integrum); effetti conformativi in relazione al vincolo a carico dell'amministrazione in ordine all'attività di rinnovazione dell'atto^{lxxxi[81]}.

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

Talvolta l'annullamento di un atto presupposto può comportare l'annullamento dell'atto consequenziale e la giurisprudenza ha distinto l'invalidità viziante (che necessita di apposita impugnativa) da quella caducante^{lxxxii[82]}, che comporta il travolgimento automatico anche dell'atto successivo. Ma il punto in discussione è stabilire quali siano i presupposti in presenza dei quali si configura l'una o l'altra ipotesi di invalidità, trattandosi di aspetto che ha subito nel tempo una continua evoluzione. Comunque la tendenza attuale è nel senso di ridimensionare l'area di incidenza dell'invalidità caducante che sottrae l'atto successivo al principio del contraddittorio,

ritenendosi che questa sussiste solo nel caso in cui tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione/consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone quale inevitabile conseguenza di quello precedente (cui unicamente è riconducibile la lesione lamentata) poiché non vi sono nuove ed autonome valutazioni di interesse né del destinatario dell'atto presupposto né di altri soggetti^{lxxxiii[83]}.

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

Viceversa per la tutela dell'interesse pretensivo del privato (in caso di dichiarazione di illegittimità del silenzio rifiuto o di annullamento di atti di diniego o di annullamento di bandi di gara o di concorso da rinnovare sulla base delle censure accolte) è essenzialmente orientato l'effetto conformativo, che è rivolto non al passato ma alla futura attività amministrativa^{lxxxiv[84]}.

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

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

Di recente è stato ribadito che ai sensi dell'art. 2909 c.c., il giudicato di annullamento fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il "titolo" della stessa azione ed il "bene della vita" che ne forma oggetto; e entro tali limiti, il giudicato copre il "dedotto ed il deducibile", cioè non soltanto le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa^{lxxxv[85]}.

Nel giudizio di ottemperanza relativo ad un giudicato di annullamento, il giudice amministrativo è chiamato non solo ad enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dal giudicato, chiarendone il significato reale, avendo anche il potere di integrare il giudicato, nel quadro degli spazi consentiti dalla giurisdizione di merito (e idonei a giustificare anche l'emanazione di provvedimenti discrezionali), al fine dell'adeguamento della situazione al comando inevaso^{lxxxvi[86]}.

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

Ad analoghe conclusioni si giunge nel caso in cui, nei giudizi avverso il silenzio inadempiuto, il giudicato si limiti a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza impartire prescrizioni sul quomodo. In siffatta evenienza, il provvedimento espresso non soddisfacente, non dà luogo a inottemperanza, ma ad un atto autonomamente lesivo e, eventualmente, viziato, da contestare con il ricorso impugnatorio ordinario^{lxxxvii[87]}.

Quale che sia, poi, il tipo di vizio ravvisato dal giudicato, è stato affermato che resta salvo il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela sul provvedimento (per quanto già) annullato dal giudicato o su provvedimento presupposto, al fine di rimuoverlo per ragioni diverse da quelle indicate dal giudicato: in una tale prospettiva, si è ritenuto che, annullata in sede giurisdizionale

l'aggiudicazione di un appalto, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela tutti gli atti di gara, e tanto non dà luogo ad inottemperanza, ma semmai a illegittimità autonome^{lxxxviii[88]}

Fino ad epoca recente era pacifico che l'amministrazione conservasse comunque di rideterminarsi in senso negativo per il privato purchè ciò non avvenisse in violazione o elusione degli obblighi puntuali imposti dal giudicato^{lxxxix[89]}.

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

Il rimedio efficace potrebbe essere quello di ritenere che i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione possano essere conosciuti dal giudice dell'ottemperanza anche se non violativi o elusivi del giudicato, rilevando unicamente il dato cronologico rispetto alla sentenza. Peraltro, in mancanza di una chiara scelta del legislatore in tal senso (almeno fino all'introduzione del codice)^{xc[90]}, il problema è quello di non invadere il campo di attività riservato all'amministrazione, su cui vigila la Corte di Cassazione nel definire i limiti esterni della giurisdizione amministrativa^{xcii[91]}.

Un punto di equilibrio tra dette due tesi è stato rinvenuto da una parte della giurisprudenza allorchè ammette che dopo il primo giudicato l'Amministrazione possa individuare ulteriori elementi sfavorevoli all'interessato, per reiterare il provvedimento negativo, purchè lo faccia una volta sola. In tale prospettiva si è affermato che pur dovendosi escludere che ogni questione insorta dopo la formazione del giudicato e in esecuzione dello stesso vada sottoposta al vaglio del giudice dell'ottemperanza, tuttavia occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. Pertanto, vi sarebbe a carico dell'amministrazione - dopo un primo giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti nella rinnovazione dell'atto, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati^{xciii[92]}.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio richiedono comunque che l'autorità amministrativa si attenga alla sostanza della decisione del giudice ogniqualvolta il nuovo esercizio del potere si innesti in una vicenda procedimentale in relazione alla quale il giudice medesimo abbia avuto già modo di interloquire. Pertanto l'autorità amministrativa, nell'esercitare nuovamente il potere, deve addurre tutti gli elementi di fatto che ritenga rilevanti, con la conseguenza che, nuovamente annullato il suo provvedimento, la riedizione del potere, in cui si traduce la "salvezza degli ulteriori provvedimenti", non potrà che fondarsi su quegli stessi elementi già tenuti in considerazione in maniera peraltro ritenuta illegittima^{xciiii[93]}

Il presupposto per il giudizio è in sintesi l'inottemperanza, che inizialmente connessa all'inesecuzione integrale^{xcv[94]}, gradualmente ha ricompreso anche l'adempimento parziale e l'atto macroscopicamente elusivo^{xcvi[95]} e quindi non solo in caso di inerzia totale o parziale, ma anche nell'ipotesi di atti in violazione o elusivi del giudicato.

L'elusione configura un fenomeno diverso dall'aperta violazione del decisum, sussistendo in quei casi in cui l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione ai precetti rivenienti dal giudicato, tenda in realtà a perseguire l'obiettivo di aggirarli sul piano sostanziale, in modo da pervenire surrettiziamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo. Per cui, viene a riesercitare la propria potestà discrezionale in conclamato contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo, cercando di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che la giustificano^{xcvii[96]}.

Laddove l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione, ma autonomamente lesivo, perché copre spazi lasciati vuoti dal giudicato, almeno fino all'entrata in vigore del codice l'azione corretta appare essere solo quella che si svolge con il ricorso ordinario, non essendo consentito al giudice amministrativo di invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata all'amministrazione esercitando la giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dar luogo solo alla normale giurisdizione di legittimità^{xcvii[97]}.

12. Il giudizio di ottemperanza nelle disposizioni del codice del processo amministrativo, con sintetico commento che tiene conto delle relazioni illustrative del 2010 e del 2011^{xcviii[98]}.

Il giudizio di ottemperanza è disciplinato nell'art. 7, comma 6, nell'art. 14, comma 3; nell'art. 21; nell'art. 31, comma 4; nell'art. 34, comma 1 lett. d ed e; nell'art. 87, commi 2 lett. d, e 3; negli artt. 112-115 e nell'art. 134, comma 1 lett. a^{xcix[99]}.

Occorre premettere che nel progetto iniziale predisposto dall'apposita Commissione di cui all'art. 44 della legge delega 18 giugno 2009 n. 69, era stato previsto "il processo di esecuzione" (artt. 123-126), la cui disciplina è poi stata sostanzialmente trasfusa negli artt. 112-115 del c.p.a. che disciplinano il "giudizio di ottemperanza".

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

La disciplina prevista è sinteticamente la seguente:

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

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

-è confermato il rito della camera di consiglio (art. 87, comma 2 lett. d), ma non viene espressamente consentito alle parti di richiedere l'udienza pubblica, essendo stato abrogato l'art. 27 L. n. 1034/1971, che lo prevedeva, dall'art. 4 allegato 4 D. lgs. n. 104/2010, ma tale facoltà sembra persistere in base ai principi generali del giusto processo;

-sono ridotti alla metà tutti i termini processuali rispetto al processo ordinario per velocizzare il suo iter, tranne quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti (art. 87, comma 3), prevedendosi inoltre la decisione con sentenza in forma semplificata^{c[100]} (art. 114, comma 3);

-l'azione di ottemperanza è proponibile entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza con procedura unica (art. 114, commi 1 e 2), anche se duttile e adattabile alle diverse situazioni, rivolta all'attuazione del giudicato e dei provvedimenti esecutivi, che vengono raggruppati in cinque categorie: sentenze giudice amministrativo passate in giudicato; sentenze esecutive ed altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo; sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti equiparati del giudice ordinario; sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza; i lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (art. 112);

-viene previsto l'obbligo di eseguire i provvedimenti del giudice amministrativo non solo a carico dell'amministrazione ma anche delle "altre parti"^{ci[101]} (art. 112, comma 1);

-è precisato che per l'esecuzione del giudicato dei giudici ordinari e speciali e altri provvedimenti equiparati nonché dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili, occorre che l'obbligo di conformarsi sia

a carico di una pubblica amministrazione o di un soggetto ad essa equiparato (art.112, comma 2, lett. c, d, e);

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

-viene esplicitamente consentita l'azione per tutte le questioni relative all'ottemperanza (art.114, comma 6), anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle "modalità di esecuzione"^{cii[102]}, cui è legittimato anche il commissario ad acta (artt. 112, comma 5; 114, comma 7);

-sono confermate le norme sulla ripartizione della competenza), che sono funzionalmente inderogabili (artt.14, comma 3, e 113), in base alle quali il giudice dell'ottemperanza è lo stesso da cui è scaturita la regola juris da attuare per le sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo. Invece per le sentenze passate in giudicato e provvedimenti equiparati di altri giudici occorre rivolgersi al TAR nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza ottemperanda;

-sono precisati nell'art.114 i presupposti (elusione o violazione del giudicato e qualsiasi questione relativa all'ottemperanza) e la procedura da seguire (notificazione del ricorso per ottemperanza prima del suo deposito, già nella prassi richiesta negli ultimi tempi, ritenendosi di conseguenza non più necessario l'adempimento della messa in mora, salva la facoltà rimessa alla parte di effettuarla);

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

-viene confermato il potere del giudice dell'ottemperanza di dichiarare nulli gli eventuali atti adottati dall'amministrazione in violazione o elusione del giudicato (art.114, comma 4 lett.b)^{ciii[103]} con attribuzione in tale materia anche della giurisdizione esclusiva (art.133, lett.a n.5) , escludendosi in tal caso la facoltà di proporre in via autonoma l'azione di nullità di cui all'art. 31 comma 4, primo e secondo periodo (art.31, comma 4, ultimo periodo)^{civ[104]};

-sono tradotte in norme positive le regole pretorie in tema di commissario ad acta (art.21, art 34, comma 1 lett. e, art.114, comma4 lett.d) e il regime di tutela nei confronti dei suoi atti, di cui conosce il giudice dell'ottemperanza, se si tratta di questioni sollevate dalle parti nei cui confronti si è formato il giudicato e il giudice di primo grado con rito ordinario se sollevate da terzi (art.114, comma 6);

-è introdotta, per stimolare la sollecita esecuzione del giudicato, la penalità di mora, prevedendosi, salvo che ciò non sia manifestamente iniquo e non sussistano altre ragioni ostative, che il giudice dell'ottemperanza fissi, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo (art.114, comma 4 lett.e) ;

-è sancita la non necessità della formula esecutiva per i provvedimenti che dispongono il pagamento di somme di denaro ai fini del giudizio di ottemperanza (art.115, comma 3).

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

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

In caso di sentenze passate in giudicato, cui ora deve ritenersi equiparato il provvedimento decisorio del ricorso straordinario del Capo dello Stato o del Presidente della regione Sicilia (art. 112, comma 2 lett. d) ^{cv[105]} , il giudice:

-ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità per assicurarne l'attuazione^{cvi[106]}, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione;

-nomina, ove occorra, un commissario ad acta

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

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

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

-determina le modalità esecutive;

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

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

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

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

In precedenza, la giurisprudenza, tenendo conto anche di quella anteriore all'entrata in vigore dell'art. 10 legge n. 205/2000 (che ha previsto espressamente l'esecuzione delle sentenze dei TAR, non sospese in appello), è stata piuttosto incerta. Infatti, a parte il riconoscimento unanime del venir meno dell'efficacia esecutiva del provvedimento amministrativo ormai annullato dalla sentenza di primo grado, un primo orientamento riteneva che sarebbero del tutto esclusi gli effetti conformativi e ripristinatori in quanto condizionati al passaggio in giudicato della sentenza. Ma nell'ambito di questo filone restrittivo, si era ammessa poi la tutela cautelare per la conservazione provvisoria degli effetti esecutivi della sentenza di primo grado con ricorso da proporre allo stesso TAR che aveva pronunciato la sentenza esecutiva^{cvi[107]}. Altro filone giurisprudenziale aveva ammesso gli effetti ripristinatori e conformativi sia pure in via provvisoria, ma escludendo dall'esecutività l'emanazione di atti connessi ai residui poteri discrezionali dell'amministrazione o con riguardo all'emanazione di atti con effetti irreversibili^{cvi[108]}.

Intervenuto l'art. 10 L. n.205/2000, l'attenzione della giurisprudenza si è concentrata a determinare " i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato", attribuiti da detta disposizione al TAR per le sentenze non sospese, ma la genericità della disposizione ha provocato ulteriori aspetti problematici.

In linea di massima, la giurisprudenza è stata favorevole ad anticipare l'esecuzione coattiva della sentenza di primo grado sotto tutti gli aspetti anche per gli effetti irreversibili, dal momento che la rilevanza degli interessi in conflitto, con la rappresentazione degli eventuali effetti irreversibili, avrebbe potuto manifestarsi semmai in appello al fine di ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza del TAR^{cix[109]}.

Ma altro orientamento, più prudente, ha escluso dall'esecutività proprio gli effetti irreversibili, dovendosi considerare che la sentenza esecutiva potrebbe essere riformata, con travolgimento della provvisoria esecuzione effettuata^{cx[110]}.

b)Con riferimento agli altri giudici (giudice ordinario e altri giudici per il quali non sia previsto l'autonomo rimedio dell'ottemperanza) occorrono sentenze passate in giudicato o altri provvedimenti ad esse equiparati^{cx[111]}.

Per cui non è sufficiente una sentenza esecutiva e stabilire se occorre o meno una sentenza passata in giudicato per l'ottemperanza è aspetto che è stato riconosciuto spettare al potere discrezionale del legislatore in considerazione della diversità esistente tra i procedimenti esecutivi davanti al giudice ordinario ed il ricorso per l'ottemperanza^{cxii[112]}.

Inoltre, nel caso in cui il giudizio di ottemperanza attiene ad un giudicato formatosi davanti ad un giudice diverso da quello dell'ottemperanza, il giudice amministrativo non può svolgere un potere integrativo del giudicato ed il relativo potere interpretativo non può che svolgersi sulla base di elementi interni al giudicato stesso e non in relazione ad elementi esterni, la cui eventuale valutazione, se ancora ammissibile, rientrerebbe nella giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza^{cxiii[113]}.

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

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

Le difficoltà era costituita dal fatto che si trattava di domanda che non aveva formato oggetto di esame nella sentenza da attuare^{cxiv[114]}, a parte il problema del doppio grado di giudizio nel caso in cui si trattasse di giudizio di competenza in unico grado del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 37 l. n.1034/1971^{cxv[115]}.

Di conseguenza, la giurisprudenza prevalente aveva reputato che la domanda risarcitoria non potesse comunque proporsi nel successivo giudizio di ottemperanza.^{cxvi[116]}

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

Si era però affermata da una parte della giurisprudenza l'apertura all'azione risarcitoria riferita al solo danno che si fosse verificato successivamente alla formazione del giudicato a causa del ritardo nell'esecuzione della sentenza stessa^{cxvii[117]}.

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

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

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

Vi è, poi, l'ipotesi della domanda di risarcimento dei danni direttamente riferita all'impossibilità di esecuzione e alla violazione o elusione del giudicato, già ammessa da una parte della giurisprudenza anteriormente al codice^{cxviii[118]}.

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

E' stato precisato recentemente che in sede di esecuzione del giudicato, di una sentenza in cui vi sia stata condanna solidale di più amministrazioni coinvolte al risarcimento del danno, che concerne il lato esterno del rapporto obbligatorio, non può essere esaminata una domanda di graduazione interna della responsabilità, la quale introduce una questione di cognizione, che peraltro non assume rilievo nel giudizio di esecuzione volto ad assicurare la soddisfazione del creditore nei confronti dei condebitori chiamati a rispondere per intero in quanto tenuti per il vincolo di solidarietà^{cxix[119]}.

15. La penalità di mora.

L'istituto di cui all'art. 114, comma 4 lett. e, costituisce una novità del processo amministrativo italiano, ma già era presente nei processi amministrativi francese (ASTREINTE)^{cxx[120]} e tedesco (ZWANGSGELD)^{cxix[121]}, i quali non prevedono in caso di inottemperanza del giudicato amministrativo la sostituzione del giudice amministrativo all'autorità amministrativa in osservanza di un rigido principio di divisione dei poteri applicato in quegli ordinamenti, ma predispongono misure indirette di coazione, essenzialmente di carattere preventivo^{cxii[122]}.

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

La questione che si è posta è stata quella di stabilire se la misura prevista dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a., che presuppone comunque una richiesta di parte, è ammissibile solo nel caso di obblighi di fare infungibile o non fare oppure anche per il pagamento di somme di danaro. La risposta è stata inizialmente negativa, considerandosi l'iniquità del pagamento di una somma di danaro ulteriore per il ritardo rispetto alla tutela già offerta dall'ordinamento per le obbligazioni pecuniarie^{cxiii[123]}. Successivamente l'orientamento è stato favorevole, rilevandosi che l'art. 114, comma 4 lett. e, è caratterizzato da importanti differenze rispetto alla previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c., (applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibile o di non fare).

La citata misura assolverebbe infatti ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non è volta a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento. Per cui nel processo amministrativo l'istituto presenterebbe un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto non è stata riprodotta la riferibilità agli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Detta soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non trova, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario. Ne deriva che, nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile mentre del rimedio processuale civilistico condivide la generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza^{cxiv[124]}.

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

della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto^{cxxv[125]}.

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

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

16. I poteri del commissario ad acta e l'impugnabilità dei suoi atti.

Il giudice dell'ottemperanza, nell'ambito della sua giurisdizione di merito, ha i più ampi poteri per assicurare l'adempimento dell'obbligo di conformarsi, sia mediante statuizioni dirette, sia mediante la nomina di commissari ad acta^{cxxvi[126]} con il compito di sostituirsi integralmente, anche per attività discrezionale, a qualsiasi organo dell'amministrazione^{cxxvii[127]}.

Il codice definisce nell'art. 21 il commissario ad acta di nomina giudiziale^{cxxviii[128]}, se deve sostituirsi all'amministrazione, come ausiliario del giudice .

In tal modo sembra confermato l'orientamento prevalente in giurisprudenza secondo cui il commissario ad acta è un organo non di amministrazione attiva o di controllo, ma del giudice dell'ottemperanza, sia che lo scelga direttamente sia tramite un organo amministrativo incaricato della scelta^{cxxix[129]}.

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

L'ampiezza dei poteri commissariali dipenderà poi, di riflesso, in mancanza di specifiche direttive da parte del giudice di ottemperanza, dal contenuto del giudicato inadempito: essi potranno estrinsecarsi, a seconda delle situazioni dedotte in giudizio, in attività sia esecutiva, come, per esempio la restituzione di beni o il pagamento di somme di danaro, sia di attuazione del decisum, comportante talvolta l'uso di un ampio potere di scelta^{cxxx[130]}.

L'attività del commissario ad acta riflette, in ogni modo, gli stessi problemi del giudice di ottemperanza e, dunque, ha gli stessi limiti cui è sottoposto il potere sostitutivo spettante al giudice amministrativo nella giurisdizione di merito.

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

Inoltre, l'attività del commissario ad acta non è assoggettata ai normali vincoli procedurali e contabili, cui deve sottostare invece l'attività ordinaria dell'amministrazione, in quanto essa deve tendere alla corretta attuazione del giudicato al fine di assicurare piena ed effettiva tutela, con facoltà di utilizzare ogni strumento utile al concreto conseguimento dello scopo^{cxxxi[131]}.

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

giudicato sia eseguito dall'amministrazione o dal commissario ad acta e il venir meno dell'inerzia semmai rende priva di causa la funzione del commissario ad acta^{cxxxii[132]}.

Evidentemente, la scadenza del termine per l'adempimento assegnato al commissario ad acta non comporta decadenza dei poteri commissariali, la cui attività è necessaria, a causa dell'inerzia dell'amministrazione, per rendere effettiva la tutela giurisdizionale e cioè far conseguire all'interessato il bene della vita già definitivamente riconosciutogli in sede cognitoria, cessando quindi soltanto con la piena ed integrale attuazione del comando contenuto nella sentenza da eseguire^{cxxxiii[133]}.

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

Un parte della giurisprudenza recente ritiene che sugli atti del commissario ad acta sussista una competenza funzionale del giudice dell'ottemperanza, al quale soltanto andrebbero sottoposti tali atti, ma le fattispecie esaminate riguardavano aspetti di natura vincolata da risolvere in base a disposizioni normative o in relazione alla disciplina di gara^{cxxxiv[134]} ed ora l'art. 114, 6 comma del codice, prevede come facoltativo il reclamo proponibile dalle parti al giudice dell'ottemperanza avverso gli atti del commissario ad acta.

In ogni caso se dovesse prevalere la tesi secondo cui gli atti dell'amministrazione non violativi o elusivi del giudicato, in quanto attinenti ad aspetti residui di discrezionalità non coperti dal giudicato, vanno impugnati con ricorso ordinario, come sembra stia ultimamente emergendo, la medesima conclusione dovrebbe estendersi anche per gli atti adottati del commissario ad acta senza la prescrizione di specifici vincoli derivanti dalla sentenza da eseguire o dal provvedimento giudiziale di nomina, non sussistendo ragioni per differenziare le due ipotesi.

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

Detta specificazione, aggiunta nel primo correttivo (art.114,comma 6), è probabilmente intervenuta in quanto in vigenza del testo originario del codice era stata pronunciata sentenza favorevole alla legittimazione al reclamo da parte di terzi, in mancanza di norme che ne limitassero la sfera soggettiva alle parti in causa^{cxxxv[135]}.

17.L'impugnativa degli atti rinnovati non violativi o elusivi del giudicato.

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

Recentemente, a seguito delle nuove disposizioni del codice e decreto correttivo, la questione dell'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza in caso di impugnativa di un rinnovato esito negativo per ragioni non coperte dal precedente giudicato, con particolare riferimento a giudizi tecnico-valutativi di una commissione di concorso, è stata rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato^{cxxxvi[136]}.

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

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

Invero, anche dopo l'entrata in vigore del Codice, si è osservato che oggetto del giudizio di ottemperanza non sia un qualsivoglia provvedimento amministrativo adottato dopo la sentenza del giudice e relativo al contenzioso oggetto del pregresso giudizio di cognizione, ma la verifica della corretta attuazione del giudicato (art. 34, comma 1, lett. e); art. 112, comma 1, c.p.a.), e dunque la verifica se il soggetto obbligato ad eseguire la sentenza vi abbia o meno dato puntuale esecuzione^{cxxxvii[137]}, che affinché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto di interessi definito dalla pronuncia, essendo necessario che l'amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già svolta illegittimamente, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da sviamento di potere^{cxxxviii[138]}.

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

Tali categorie sono così individuate:

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

-analogo esito vale allorché nei giudizi avverso il silenzio inadempiuto, il giudice si limiti a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza impartire prescrizioni e direttive. In siffatta evenienza, il provvedimento espresso non soddisfacente, non dà luogo a inottemperanza, ma ad un atto autonomamente lesivo e, eventualmente, viziato, da contestare con il ricorso impugnatorio ordinario^{cxxxix[139]};

-nell'ipotesi in cui all'amministrazione residui il riesercizio di poteri discrezionali nei limiti non coperti dal giudicato, l'amministrazione potrà individuare ulteriori elementi sfavorevoli all'interessato, per reiterare il provvedimento negativo, purché lo faccia in una volta sola, in quanto occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva per il principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda ripetutamente all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato^{cxl[140]};

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

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

tutela giurisdizionale comprende il diritto ad ottenere l'esecuzione della sentenza favorevole ottenuta, in tempi rapidi, e senza necessità di attivare ex novo un ulteriore giudizio di cognizione.

Invero, la clausola della salvezza delle "ulteriori attività procedurali" contenuta nel giudicato (o ad esso sottesa) non restituisce all'amministrazione una incontrollata e libera facoltà di scelta ma un potere-dovere di adottare un provvedimento di cura dell'interesse pubblico, che non contrasti o eluda la pronuncia ottemperanda^{cxlii[141]}. In tal senso appare orientato anche il giudice ordinario che recentemente ha statuito che la valutazione tecnica demandata alla commissione esaminatrice è in primo luogo priva di discrezionalità, non essendo intrisa di un potere di ponderazione di interessi o di scelta di soluzioni alternative, ed inoltre deve accertare secondo criteri oggettivi o scientifici (che debbono essere indicati preventivamente) il possesso di requisiti attitudinali o culturali dei partecipanti la cui sussistenza o insussistenza deve essere conclusivamente giustificata (con punteggio o con motivazione sia pure sintetica)^{cxliii[142]}.

Al momento non si conosce la decisione dell'Adunanza plenaria sulla questione concernente specificamente la rinnovazione negativa dei giudizi valutativi delle commissioni esaminatrici, ma intanto è intervenuta una fondamentale pronuncia della sez. VI del Consiglio di Stato^{cxliiii[143]}, la quale ha portato nuova luce sull'argomento.

Si è così correttamente distinto tra i casi in cui il giudicato accerta pienamente il rapporto controverso^{cxliv[144]} e l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato da parte del solo giudice dell'ottemperanza e i casi in cui il giudicato non accerta pienamente il rapporto e l'attività successiva posta in essere dall'amministrazione è oggetto di sindacato nel giudizio di ottemperanza solo se la stessa si colloca in un ambito coperto dal giudicato; l'attività che riempie invece gli spazi lasciati vuoti dal giudicato è soggetta unicamente al ricorso ordinario.

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

L'ultima sentenza amministrativa intervenuta in argomento, pur senza la citazione di precedenti o di specifiche disposizioni normative, è pur essa orientata a distinguere i casi di violazione o elusione del giudicato e quelli in cui residua all'amministrazione il potere di imporre di nuovo la regolazione che considera più congrua per l'interesse pubblico affidato alle sue cure, ritenendo giustificata l'attivazione della giurisdizione di merito del giudizio di ottemperanza solo nel primo caso^{cxlv[145]}.

18. Le sopravvenienze di fatto e di diritto.

Il giudice dell'ottemperanza è chiamato alla puntuale verifica del corretto adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione^{cxlvi[146]}.

Peraltro, tale verifica deve tener conto non solo del tipo di controversia su cui è intervenuto il giudicato e del quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione^{cxlvii[147]} ma anche di eventuali sopravvenienze di fatto e/o di diritto che possono limitare o escludere, se non l'effetto eliminatorio ormai intervenuto, gli ulteriori effetti del giudicato (ripristinatori e conformativi), imponendo al giudice di integrare o talora di variare la statuizione della decisione da eseguire^{cxlviii[148]}.

Al fine di porre un certo ordine in una materia tanto delicata e soggetta a continue oscillazioni giurisprudenziali quale è quella della rilevanza delle sopravvenienze, appare utile distinguere, in adesione a quanto precisato di recente dalla sez. VI del Consiglio di Stato, le fattispecie in cui il

giudice svolge un sindacato pieno sul rapporto da quelle in cui un sindacato del genere non è consentito, dal momento che all'amministrazione residua il riesercizio di un potere discrezionale nei limiti non coperti dal giudicato^{cxlix[149]}.

Mentre nel primo caso, come avviene nel processo civile, le sopravvenienze successive al giudicato sono normalmente irrilevanti, nella seconda ipotesi la regola posta dal giudicato ha carattere elastico e la piena reintegrazione della posizione soggettiva è suscettibile di essere sacrificata per sopravvenienze di fatto e di diritto^{cl[150]}.

In tal modo appare corretto l'orientamento giurisprudenziale che in linea di massima ritiene irrilevanti le sopravvenienze di fatto e di diritto posteriori al giudicato se riferito ai casi di sindacato pieno sul rapporto, poichè le sopravvenienze successive non possono ormai più incidere sull'assetto degli interessi stabilito dal decisum, in quanto il decorso del tempo non può andare a scapito della parte incolpevole, mentre sono rilevanti quelle anteriori^{cli[151]}. Tuttavia, è stato evidenziato che il menzionato orientamento può trovare applicazione unicamente in relazione a sopravvenienze in senso proprio, ossia in relazione a dati di fatto o di diritto che non hanno costituito oggetto effettivo o potenziale del giudizio. Per cui non è stata considerata sopravvenienza una normativa regionale entrata in vigore nel corso del giudizio^{clii[152]}.

Peraltro, occorre tener presente che il giudicato può riguardare effetti istantanei o durevoli, per cui la legge sopravvenuta per quanto concerne quest'ultimi non può incidere sugli effetti passati ma può farlo su quelli futuri, con successione cronologica di norme disciplinanti la stessa situazione in tempi diversi^{cliii[153]}.

Talvolta, il legislatore interviene con norme specifiche retroattive per disciplinare situazioni concrete oggetto di controversia (c.d. leggi provvedimento). Ma una legge del genere non può essere rivolta ad eludere la definizione dei rapporti cristallizzati nel giudicato, con lesione del principio di affidamento della parte vittoriosa in giudizio^{cliv[154]}.

Per quanto concerne la materia urbanistica, principalmente con riferimento a provvedimenti di diniego della concessione edilizia (ora permesso di costruire) si considerano irrilevanti le norme sopravvenute in tema di nuovo piano regolatore successive alla notifica della sentenza di primo grado di annullamento del diniego^{clv[155]}, con anticipazione dell'irrilevanza che normalmente concerne circostanze successive al giudicato, considerando che in tal caso viene in rilievo una nuova disciplina urbanistica su cui ha il potere di incidere lo stesso ente che ha partecipato al giudizio.

Tuttavia allorché intervengono circostanze per le quali non risulti ormai più possibile fare quello che alla data del ricorso per ottemperanza si sarebbe potuto fare, tali circostanze sono comunque destinate a precludere la concreta attuabilità del giudicato, tra cui si possono far rientrare le ipotesi in cui insorgono posizioni consolidate di terzi, salvo il diritto al risarcimento del danno.

Così è stato deciso che in caso di giudicato comportante il rinnovo della procedura di conferimento di un incarico pubblico, in tanto può essere imposto all'amministrazione di provvedere al rinnovo della procedura in quanto l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile, il che non si verifica nell'ipotesi in cui il dipendente vittorioso in giudizio sia stato nel frattempo collocato a riposo per limiti di età^{clvi[156]}; o sia ormai scaduto il periodo di tempo per l'incarico pubblico a tempo determinato al quale l'interessato aspirava^{clvii[157]}; oppure l'incarico pubblico riconosciuto dal giudicato non possa più essere attribuito in quanto nel frattempo tale incarico sia stato assegnato ad un terzo a seguito di altro concorso non contestato^{clviii[158]}.

Solo eccezionalmente il legislatore pone specifiche disposizioni per assicurare l'attuazione del giudicato nonostante l'intervento di circostanze sopravvenute normalmente preclusive, come avvenuto nel caso di pubblici dipendenti sospesi dal servizio o dalla funzione o che abbiano chiesto di essere collocati a riposo anticipatamente a seguito di procedimento penale poi conclusosi definitivamente con sentenza di piena assoluzione, con facoltà di chiedere il ripristino del rapporto oltre i limiti di età prescritti dalla legge e in deroga ad eventuali divieti per un periodo pari a quello trascorso per la sospensione o per anticipato collocamento a riposo, anche cumulando i due periodi^{clix[159]}.

19. Il sindacato della Corte di cassazione a sezioni unite sul giudizio di ottemperanza.

L'argomento merita un'apposita trattazione, sia pure inadeguata in relazione alla complessità della problematica, in quanto sono intervenute al riguardo recenti pronunce della Corte di cassazione^{clx[160]}, tanto che il Primo Presidente della Corte di cassazione (E. Lupo), nella sua relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2011, vi ha dedicato sostanzialmente una quindicina di pagine^{clxi[161]}.

La determinazione dei limiti di giurisdizione da parte giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza risente evidentemente dell'ampliamento dell'ambito del giudizio sulla giurisdizione che attualmente ritiene di svolgere la Corte di cassazione (a sezioni riunite) "non più riconducibile ad un giudizio di qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento"^{clxii[162]}.

È stato invero recentemente affermato dalla Cassazione che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Per cui si è in presenza di una questione di giurisdizione anche nel caso in cui non si discute se la giurisdizione spetti al giudice adito, perché è solo quel giudice che secondo l'ordinamento la può esercitare, ma si deve, invece, stabilire se ricorrano - in virtù della norma che attribuisce la giurisdizione - le condizioni perché il giudice abbia il dovere di esercitarla. Con la conseguenza che sorge una questione di giurisdizione se il giudice correttamente adito non esamina la richiesta di tutela che gli viene presentata nell'ambito della sua giurisdizione^{clxiii[163]}. Deve trattarsi però di un aprioristico diniego di giustizia e non dell'interpretazione di norme e principi processuali, suscettibili secondo la S. C. di una diversa conclusione, che può cagionare eventualmente solo un errore di diritto, che in quanto tale non può essere oggetto di esame in un giudizio di difetto di giurisdizione^{clxiv[164]}.

La Corte di cassazione riconosce che la speciale giurisdizione di ottemperanza attribuita al giudice amministrativo presenta caratteri peculiari, in base ai quali l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della p.a. è pienamente ammissibile, essendogli in tal caso espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito, con possibilità sia di procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo ed alla emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione, sia di sostituirsi all'amministrazione, nominando, ove occorra, un commissario ad acta. Pertanto, un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della PA, non è configurabile nel mero fatto che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già assumere, essendo proprio questa la funzione del giudizio di ottemperanza che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e al fine di soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può fermarsi dinanzi ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo^{clxv[165]}; né rileva, a tali fini, la circostanza che l'amministrazione cui viene imputata la violazione o la elusione del giudicato sia un organo di rilevanza costituzionale^{clxvi[166]}.

Tuttavia, se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità è sindacabile ad opera della Cassazione, nel caso in cui invada arbitrariamente la sfera dell'attività riservata all'amministrazione attraverso poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge con trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito (come nel caso in cui il giudice amministrativo compia atti di valutazione di mera opportunità sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della p.a. o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione

medesima)^{clxvii[167]}. Deve parimenti ritenersi -secondo la Corte di Cassazione- che un analogo sindacato sia esercitabile anche nel caso in cui, essendo un potere di giurisdizione di merito espressamente conferito dalla legge al giudice amministrativo, gli venga addebitato di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete, esercitando una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare luogo soltanto alla normale giurisdizione di legittimità e, quindi, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi o che, comunque, non avrebbero potuto dare ingresso all'anzidetta giurisdizione di merito ^{clxviii[168]}. In tali casi si ripropone, infatti, secondo la S. C. il medesimo tema dell'invasione non consentita, ad opera del giudice, della sfera di attribuzioni riservata alla P.A., con la precisazione che il potere integrativo del giudice dell'ottemperanza non può sottrarsi ai limiti esterni della giurisdizione propria del giudice amministrativo quando la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice di tal ché soltanto questi possa provvedere al riguardo ^{clxix[169]}.

Da tanto non consegue che il sindacato della Cassazione possa estendersi a qualsiasi eventuale error in iudicando o in procedendo imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che disciplinano il giudizio di ottemperanza.

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

Trattasi, invece, di limiti esterni della giurisdizione qualora sia posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso al giudizio di ottemperanza. Tale caso si verifica non solo ogni volta che sia denunciato l'esercizio indebito ad opera del giudice amministrativo della speciale giurisdizione d'ottemperanza, con i conseguenti riflessi sul merito amministrativo, in fattispecie suscettibili invece solo di essere trattate nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità (o eventualmente nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva), ma anche in ogni altra situazione in cui il giudizio di ottemperanza, con l'emanazione di un ordine di fare (o di non fare) rivolto dal giudice all'amministrazione, si sia esplicato al di fuori dei casi nei quali un tale ordine poteva essere dato ^{clxx[170]}.

20. Il ruolo sistematico del giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo.

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

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

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

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

Gli effetti di accertamento, ripristinatori e conformativi derivanti dalla sentenza di annullamento vengono considerati impliciti e accessori alla decisione di accoglimento e possono emergere,

operativamente, solo all'esito del nuovo giudizio di ottemperanza, che rappresenta il veicolo necessario per l'attuazione completa della pretesa fatta valere in giudizio (c.d. "giudicato a formazione progressiva")^{clxxi[171]}.

Invero, la regola posta dal giudicato amministrativo nel giudizio di legittimità è normalmente una regola elastica, implicita o incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza chiarire o completare. Non a caso si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa^{clxxii[172]}.

L'assetto definitivo della situazione non consegue alla mera sentenza di annullamento, ma deriva essenzialmente dalla pronuncia adottata dal giudice dell'ottemperanza, che contiene vere e proprie integrazioni della precedente decisione^{clxxiii[173]}.

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

-un'ottemperanza che contiene eccessive statuizioni di accertamento e ordinatorie è la conseguenza di una pronuncia in sede di cognizione povera di contenuti o comunque senza adeguata istruttoria sulla specifica situazione di fatto^{clxxiv[174]};

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

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

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

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

Per scongiurare detti inconvenienti si è progressivamente affacciata, non senza tentennamenti, l'esigenza di accrescere i contenuti della decisione di cognizione, prima in sede dottrina^{clxxv[175]} e giurisprudenziale^{clxxvi[176]} e poi in sede normativa^{clxxvii[177]}.

Hanno impresso una notevole accelerazione a detta nuova tendenza da un parte le innovazioni legislative intervenute recentemente in Francia e in Germania che hanno condotto ad un'anticipazione degli effetti vincolanti della sentenza amministrativa nel giudizio di cognizione^{clxxviii[178]} e dall'altra l'attribuzione legislativa in Italia della tutela risarcitoria degli interessi legittimi al giudice amministrativo^{clxxix[179]}, che per stabilire l'entità del risarcimento deve tener conto dei profili direttamente ripristinatori della sentenza di accoglimento. Con la conseguenza che l'effetto ripristinatorio della sentenza di accoglimento non è più accessorio e eventuale, ma si colloca nell'ambito delle conseguenze dirette della pronuncia, anche quando manchi una domanda di condanna^{clxxx[180]}.

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

a) artt. art. 31 e 117 in tema di azione avverso il silenzio, in base ai quali il giudice può conoscere di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario, che può nominare con la sentenza che definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata; può pronunciare sulla fondatezza della pretesa nel caso in cui si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini discrezionali e non sono necessari adempimenti istruttori a cura dell'amministrazione^{clxxxi[181]};

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

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

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

-art.34, comma 3, il quale stabilisce che se nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori^{clxxxii[182]};

-art.34, comma 4, che in caso di condanna pecuniaria consente in generale al giudice (e non solo per i casi di giurisdizione esclusiva^{clxxxiii[183]}), di stabilire, in mancanza di opposizione delle parti, i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma di danaro entro un congruo termine; prevedendo in mancanza di accordo o in caso di inadempimento degli obblighi dell'accordo il ricorso per l'ottemperanza;

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

21. Conclusione provvisoria e questioni aperte

Nel nuovo quadro indicato dal codice, il giudizio di cognizione viene chiamato ad anticipare l'assetto degli interessi conseguenti all'annullamento dell'atto o alla mancata adozione dell'atto richiesto^{clxxxiv[184]}, per cui la cognizione si arricchisce almeno di una parte dei contenuti attuativi, nella direzione dell'efficacia e della concentrazione delle tutele.

Tuttavia, il giudizio di ottemperanza conferma la propria connotazione mista e rafforza il carattere cognitorio in una nuova direzione, con possibilità di accogliere nel proprio ambito l'azione risarcitoria sia pure entro certi limiti.

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

Si apre, quindi, una nuova stagione per il processo amministrativo ed in particolare per il giudizio di ottemperanza, che comunque tenderà alla massima espansione dei corollari applicativi del principio di effettività e concentrazione della decisione, e il potere sostitutivo del giudice sarà sempre più incisivo e tenderà ad avere una valenza sanzionatoria e di chiusura del sistema^{clxxxv[185]}

Sarà la futura giurisprudenza (Consiglio Stato-Consiglio giustizia amministrativa per la regione siciliana-TAR e Corte di cassazione) a stabilire in concreto di quali aspetti latamente attuativi potrà appropriarsi il giudizio di cognizione e se potrà essere esaminato (con i relativi limiti) in sede di ottemperanza anche il nuovo provvedimento dell'amministrazione (o del commissario ad acta) non violativo o elusivo del giudicato.

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

^{i[1]} Lo scritto costituisce aggiornamento ed integrazione di quello da me redatto, diviso in due parti, per la rivista “Il nuovo diritto amministrativo”, nn. 2 e 3/2012.

^{ii[2]} Come è noto, l’art. 70 d. l.vo n.546/1992 prevede il giudizio di ottemperanza anche a proposito del giudicato delle sentenze delle commissioni tributarie, che però non attribuisce alle Commissioni tributarie medesime una giurisdizione estesa al merito, trattandosi di procedimento “chiuso” in cui il potere del giudice sul comando definitivo inevaso va esercitato entro i confini invalicabili posti dall’oggetto della controversia definita con quel giudicato. Dalle sentenze delle commissioni tributarie va enucleato e precisato il significato ai fini dell’adempimento degli obblighi in esso contenuti in sede di ottemperanza ma non può rappresentare veicolo di attribuzione di un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello riconosciuto dalla sentenza da eseguire (Cass. Sez. V, 10 dicembre 2008, n. 28944).

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

^{iv[4]} La necessità di un’indagine storica è stata sottolineata da A. M. Sandulli, nello scritto “Consistenza ed estensione dell’obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati”, Riv. trim.dir.e proc. civ., Milano, 1960.

^{v[5]} Il termine “conformarsi” è adoperato anche nell’art. 46 CEDU, che impone alle Parti contraenti l’obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte. Tale obbligo vincola gli Stati solo in merito al fine da raggiungere, lasciando loro la discrezionalità nella scelta dei mezzi tramite cui perseguire tale scopo - in quest’ottica, la disposizione dell’art. 46 è analoga a quella adoperata l’art. 94 della Carta delle Nazioni Unite.

^{vi[6]} Costituiscono esempi di deroga a detti limiti la rettifica degli atti dello stato civile, la retrocessione dei beni espropriati, gli ordini di cessazione delle condotte antisindacali; l’annullamento e la revoca dei provvedimenti assunti dall’Autorità garante per la privacy.

^{vii[7]} E’ stato recentemente precisato che il limite ai poteri del giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo non è espressione di una regola di valore costituzionale che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso (Corte cost. 23 luglio 2001, n. 275) e che il divieto imposto al giudice ordinario di annullare l’atto amministrativo, salvo i casi espressamente previsti dalla legge, non è in contrasto con l’art. 113 Cost., che rinvia alla legge ordinaria per determinare quali organi di giurisdizione (ordinaria o speciale) possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa (Corte cost. 6 luglio 1971, n.161).

^{viii[8]} I lavori preparatori della legge Crispi in ordine all’art.4 n.4 sono accuratamente riportati da A. M. Sandulli, nello scritto “Consistenza ed estensione dell’obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati”, già citato.

^{ix[9]} Cons. St. sez. V, 29 ottobre 1910 n.202; sez. VI, 27 giugno 1969, n.319.

^{x[10]} Cass. S. U., 18 settembre 1970 n.1563; Cons. St. A. P. 23 marzo 1979, n.12.

^{xi[11]} Cort. cost., ord. 18 marzo 2005, n.122.

^{xii[12]} Cons. St. sez. IV, 15 gennaio 1904, n. 21.

^{xiii[13]} Cons. St. sez. V, 4 novembre 1910, in Riv. dir.publ. 1911, pag. 204 e segg.

^{xiv[14]} Cass. S. U. 7 marzo 1960, n.420. Per quanto concerne in particolare i poteri del giudice ordinario in relazione alle controversie di lavoro privatizzato si rinvia all’art. 63 d. lgs 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni.

^{xv[15]} Cass. S. U. 18 gennaio 1909, in La giustizia amministrativa, 1909, parte III, pag 43 e segg.

^{xvi[16]} Cons. St. A. P., 17 gennaio 1997, n.1; Cass, S. U. 27 dicembre 2011, n. 28812.

^{xvii[17]} Cons. St.A. P. 9 marzo 1973, n.1

^{xviii[18]} Cons. St., A. P. 2 giugno 1983, n. 15.

^{xix[19]} Cons. St. A. P. 24 giugno 1998, n. 4.

^{xx[20]} Cons. St. sez. V, 12 ottobre 2009, n. 6241 e 13 ottobre 2010, n.7463.

^{xxi[21]} Cons. St., sez. V, 12 novembre 2001, n. 5788 e 12 ottobre 2009 n.6241.

^{xxii[22]} Sia consentito il richiamo del mio scritto “Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte”, sito del Consiglio di Stato, Studi e Contributi, nonchè Giustamm.it., settembre 2007.

^{xxiii[23]} F. Caringella e M. Protto, Commento al codice del nuovo processo amministrativo, 2012, pag. 1054;

^{xxiv[24]} Cons. St. sez. V, 30 dicembre 1910, con nota adesiva di F. Cammeo, in G. I., 1911, III, c. 87.

^{xxv[25]} Cons. St. sez. V, 14 giugno 1909, con nota contraria di F. Cammeo, il quale evidenzia che il ricorso era rivolto all’esecuzione del giudicato e non solo per la revoca dell’atto, in G.I. 1909, III. c.424.

^{xxvi[26]} Cons. di St., A. P. 9 marzo 1973, n.1.

^{xxvii[27]} Cons. St. A. P. 26 agosto 1991, n.5.

^{xxviii[28]} Cons. St., sez. V n.183 del 25 aprile 1908 in Giust. Amm., 1908 pag. 283;

Sez. IV 20 agosto 2001, n. 4568.

^{xxix}[29] Cons. St. sez. VI 23 giugno 2008 n. 3160, con richiamo di precedenti.

^{xxx}[30] Cons. St., sez. V n. 86 del 28.2.1913 in Giust. amm, 1913, pag. 461.

^{xxxi}[31] Cons. St., sez. V, 23 maggio 1980, n. 546.

^{xxxii}[32] Cons. St., sez. V n. 86/1913, già cit.

^{xxxiii}[33] Cons. St. sez. V, 30 dicembre 1910, G.I. 1911, III, col.87, con nota adesiva di F. Cammeo.

^{xxxiv}[34] Cons. St. sez. V 30 dicembre 1910, già citata, e della medesima sezione 11 giugno 1920 (salvo vaevoli e giustificate ragioni di ordine pubblico) in G.I. 1921, III, c. 3. In tal modo, la Sez. V aderì sostanzialmente all'orientamento di F. Cammeo, che escludeva l'adempimento specifico per i casi in cui si mettessero in pericolo i rapporti internazionali o si alterassero le condizioni politiche dello Stato: F. Cammeo, Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Milano, s. d. ma 1911, pag. 847. Recentemente è stato precisato che a tale dovere di ottemperanza l'Amministrazione non possa assolutamente sottrarsi (Cons. Stato, A. P. 3 luglio 1952, n.13); che l'Amministrazione non ha alcuna discrezionalità con riguardo all'an dell'esecuzione, alla quale non può sottrarsi per nessuna ragione, neppure per l'estrema difficoltà dell'esecuzione o per l'eccezionalità della situazione, salvo il naturale limite costituito dal principio "factum infectum fieri nequit", avendo solo una facoltà di scelta relativa al quomodo (V. Cons. di Stato, A. P. 9 marzo 1973, n.1.

^{xxxv}[35] Cons. St., sez. V 11 giugno 1920, in G.I., 1921, III, c.1. Tale orientamento è stato successivamente integrato in modo graduale, ammettendosi che il giudice amministrativo in sede di esecuzione abbia i più ampi poteri per assicurare l'adempimento dell'obbligo di esecuzione, sia mediante statuizioni dirette, sia mediante la nomina di commissari ad acta con il compito di sostituirsi integralmente, anche per attività discrezionale, all'amministrazione inadempiente (V. Cons. di Stato, A. P. 9 marzo 1973, n.1.

^{xxxvi}[36] Cons. di St., A.P. n.1/1973, cit.

^{xxxvii}[37] Cass. S. U., 28 giugno 1991, n. 7226 e 14 gennaio 1992, n. 368; Corte cost. 12 dicembre 1998, n.406; Cons. St., sez. VI 16 ottobre 2007, n.5409.

^{xxxviii}[38] M. E. Schinaia, I poteri del giudice amministrativo nella fase di esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione, 2003, in Web Consiglio di Stato, Studi e Contributi.

^{xxxix}[39] F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo, con note di aggiornamento di G. Miele, 1960, pag. 822.

^{xl}[40] L'unica novità introdotta dall'art. 36 del T.U. n. 638/1907 è stata quella di prevedere poteri istruttori più ampi per le controversie oggetto di giurisdizione anche in merito (potendo la Sezione quinta ordinare qualunque mezzo istruttorio nei modi previsti dal regolamento di procedura), aspetto che fu poi disciplinato dall'art. 27 del regolamento n.642/1907.

^{xli}[41] Alfredo Codacci-Pisanelli, "La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa " e "Sulle riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa", in Riv. Dir. Pubbl., rispettivamente, 1916 e 1912.

^{xlii}[42] F. Cammeo, "L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.", in G. I. 1937, III, c. 65.

^{xliii}[43] Cons. St., sez. IV , 22 aprile 2011 n.269.

^{xliv}[44] Cons. St. sez. IV, 9 marzo 1928, n.181; sez. V, 13 marzo 1931 n.176.

^{xlvi}[45] E. Guicciardi, Giustizia amministrativa, 1957, pagg. 293 e segg.

^{xlvi}[46] Cass. S.U., 8 luglio 1953, n. 2157.

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

^{xlvi}[48] Cons. St. sez. VI, 16 ottobre 1951, n.430

^{xlvi}[49] Cass. S. U., 2 ottobre 1953, n.3141; 18 dicembre 2001, n. 15978. Ma ora Cass. S. U. 28 gennaio 2011, n. 2065, si è espressa in senso favorevole a seguito del codice.

^l[50] Corte cost. 8 settembre 1995, n. 419 e 15 settembre 1995, n. 435, concernenti l'esecuzione del giudicato nei confronti del Consiglio superiore della magistratura; nonché 12 dicembre 1998, n. 406, ove si afferma la discrezionalità del legislatore nel limitare il giudizio di ottemperanza al caso di sentenza passata in giudicato.

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

^{lii}[52] Il discorso del Pres. O. Serena è riportato in La giustizia amministrativa, 1907, parte IV, pag. 136 e segg.

^{lii}[53] Cons. St. A. P. 9 marzo 1973, n.1.

^{liv}[54] Cass. S. U., 19 agosto 2009, n.18375.

^{lv}[55] Cass. S. U. 8 luglio 1953, n. 2157.

^{lvi}[56] Cons. St. A. P. 14 luglio 1978 n. 21; Cass. S. U. 9 marzo 1981, n.1299; Cass. S.U. 15 luglio 1986, n.4568.

^{lvii}[57] Cons. St., sez. VI, 22 settembre 2008, n.4563.

^{lviii}[58] Corte cost.12 dicembre 1998, n. 406.

lix^[59] Cons. St. sez. V, 19 novembre 2009, n. 7249 e 2 maggio 2012, n.2489.

lx^[60] Cons. St. sez. V 22 ottobre 1971, n. 917

lxi^[61] Cons. St. sez. IV 29 novembre 2001, n. 5624, secondo cui il giudizio di ottemperanza può esperirsi o nei confronti di un soggetto tenuto al rispetto della normativa di contabilità pubblica (per il compimento degli atti amministrativi da questa richiesti): ovvero nei confronti di un soggetto - indifferentemente pubblico o privato - che sia tenuto, in forza del giudicato, al compimento di un'attività implicante esercizio di potestà pubbliche (concessionario di pubblica funzione o di pubblico servizio); giammai, però, ove l'atto dovuto in forza del giudicato sia il pagamento (in favore di chicchessia) di una somma di danaro da parte di un soggetto non tenuto al rispetto della normativa di contabilità pubblica. In quest'ultima ipotesi, il creditore della prestazione (di dare o di fare, ma comunque fungibile posto che l'oggetto della prestazione è pur sempre una somma di denaro, bene fungibile per antonomasia) - previa, se del caso, azione cognitoria finalizzata a rendere certo, liquido ed esigibile il proprio credito, ovvero, nei congrui casi, previo esperimento dell'azione esecutiva in forma specifica ex art. 612 Cod. proc. civ. - dovrà necessariamente rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il soddisfacimento coattivo del proprio credito.

lxiii^[62] Cons. St. sez. VI, 6 luglio 2010, n.4290.

lxiii^[63] Cons. St. sez. VI, 21 febbraio 1997, n.305.

lxiv^[64] Cons. St. sez. V, 6 marzo 2000, n. 1142;

lxv^[65] Cons. St. sez. VI, 4 novembre 1989, n. 1382

lxvi^[66] Cons. St. sez. VI, 5 aprile 2006 n.1776.

lxvii^[67] Ora occorre ai sensi dell'art. 114 c.p.a.

lxviii^[68] Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 441

lxix^[69] Cons. St. sez. VI 4 settembre 2007, n. 4636 e Sez. IV 29 maggio 2009, n. 3356.

lxx^[70] Cons. St. , sez. IV 4 luglio 1950 n. 252 e A. P. 3 luglio 1952 n. 13.

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

lxxi^[71] Corte Cass. S. U. 30 giugno 1999, n.376; 27 dicembre 2012, n.28812.

lxxii^[72] Cons. St. sez. V, 22 ottobre 1971, n. 917.

lxxiii^[73] Si rinvia a F. Caringella e M. Protto, Commento al codice del nuovo processo amministrativo, 2012, pagg.55-91.

lxxiv^[74] Cons. St. sez., IV 17 luglio 2000, n. 3927.

lxxv^[75] Cons. St. sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 38; Sez. VI 8 settembre 2008, n. 4288.

lxxvi^[76] Cons. St. sez. VI, 7 luglio 1981, n.386.

lxxvii^[77] Cons. St. sez. VI, 19 gennaio 1995, n.40; sez.IV, 6 dicembre 1977, n.1129. Appare orientata invece ad escludere qualsiasi obbligo conformativo con riferimento ad una sentenza di inammissibilità del ricorso, in quanto l'inammissibilità della domanda sarebbe comunque preclusiva per il giudicante di esprimersi sul merito della controversia: Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4644.

lxxviii^[78] Cons. St. sez. VI 21 febbraio 1997, n. 305.

lxxix^[79] F. Patroni Griffi, La sentenza amministrativa, nel sito del Consiglio di Stato, Studi e contributi, 2000.

lxxx^[80] Recentemente è stata giustamente messa in dubbio la necessarietà dell'effetto annullatorio della pronuncia giudiziale, rilevandosi che talvolta l'annullamento retroattivo costituisce misura eccessiva e perciò non soddisfattoria dell'istanza di tutela del ricorrente, che può impugnare l'atto al solo fine di giovare dell'effetto conformativo, come nel caso in cui si lamenti l'insufficienza delle misure adottate per ottenerne delle ulteriori (Cons. St. sez. VI 10 maggio 2011, n. 2775 e sez. V 26 gennaio 2012, n. n.340).

lxxxi^[81] Cons St. sez. VI 8 novembre 1968, n. 621; sez. V 3 novembre 1989, n. 736; sez. IV 25 giugno 2010, n.4131.

lxxxii^[82] Cons. St. A. P. 19 ottobre 1955, n.17; A. P. 27 ottobre 1970, n.5.

lxxxiii^[83] Cons St. sez. V del 25 agosto 2008, n.4053; sez. VI 23 ottobre 2007, n.5559.

lxxxiv^[84] Cons. Stato, Sez.IV, 10 aprile 1998, n. 565; Sez. V, 1 aprile 1996, n. 328.

lxxxv^[85] Cons. St. sez. VI 7 giugno 2005 n.2920 e Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 438.

lxxxvi^[86] Cass. S. U. 30 giugno 1999, n.376 .

lxxxvii^[87] Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2010, n. 8053.

lxxxviii^[88] Cons. Stato, sez.V, 12 febbraio 2010, n. 743; 23 maggio 2011, n. 3078.

lxxxix^[89] Cons. St. A. P. 11 marzo 1984, n.6.

xc^[90] Cos. St. sez. VI , ord. 5 aprile 2012, n.2024, che rimette all'Adunanza plenaria, a seguito delle nuove disposizioni del codice e decreto correttivo, la questione dell'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza in caso di impugnativa di un rinnovato diniego per ragioni che appaiono ritenute non coperte dal precedente giudicato, con particolare riferimento a giudizi valutativi della commissione di esame.

xc^[91] Cass. S. U. 28 gennaio 2011, n.2065.

xcii^[92] Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858; Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134.

xciii^[93] Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2003 n. 4539.

xciv^[94] Cons. St. sez. V 18 ottobre 1954, n. 993.

^{xcv[95]} Cons. St. sez. V, 1 luglio 1977, n. 692.

^{xvii[96]} Cons. St. sez. IV, 4 marzo 2011 n.1415; Cass. S. U. 19 gennaio 2012, n.736.

^{xviii[97]} Cass. S. U 15 marzo 1999, n.137; 19 luglio 2006, n. 1649 ; 31 ottobre 2008, n. 26302.

^{xix[98]} Le relazioni sono riportate integralmente da F. Caringella e M. Protto, Commento al codice del nuovo processo amministrativo, nella parte riguardante l'appendice, 2012.

^{xcix[99]} Il secondo correttivo del codice è in corso di elaborazione (il relativo schema di decreto delegato predisposto dall'apposita Commissione presso il Consiglio di Stato è stato approvato con modifiche dal Consiglio dei ministri il 27 luglio 2012, ma non è ancora intervenuto il parere delle competenti commissioni parlamentari), ma esso non contiene disposizioni integrative o correttive relativamente al giudizio di ottemperanza.

^{ci[100]} L'art. 9 legge n.205/2000 ha previsto in generale la decisione in forma semplificata (che comporta una motivazione succinta) in presenza dei presupposti di manifesta fondatezza ovvero manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso e perciò anche per il giudizio di ottemperanza qualora ne sussistessero i menzionati presupposti. Ora invece è prescritta comunque la sentenza in forma semplificata per il giudizio di ottemperanza.

^{ci[101]} Cons. St. sez. V, 20 marzo 2012, n. 1570; TAR Sicilia-Catania, 24 maggio 2012, n. 1312..

^{ci[102]} Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, ha precisato che nel giudizio di ottemperanza i chiarimenti non si possono fornire in ordine a modalità di azione che non siano di esecuzione del giudicato.

^{ci[103]} In tal senso l'art. 21 septies legge n. 241/1990, come integrato dall'art. 14 legge n.15/2005.

^{ci[104]} Prima dell'entrata in vigore del codice, il giudice amministrativo si era pronunciato per la cumulabilità dei due rimedi anche in diversi gradi di giudizio, salvo le conseguenze derivanti dalla sentenza assunta per prima (Cons. St. sez. V, 8 febbraio 2010, n. 556), ma ora sulla base dell'art. 31, comma 4 ultimo periodo, del codice occorre chiedere la nullità dell'atto violativo o elusivo del giudicato esclusivamente con il giudizio di ottemperanza (Tar Liguria, sez.2, 10 maggio 2012, n.650).

^{ci[105]} L'ammissibilità dell'ottemperanza nei confronti della decisione del ricorso straordinario, che era stata risolta in senso negativo prima delle modifiche apportate dall'art. 69 legge 18 giugno 2009 n.69 e dell'introduzione del c.p.a. , ha ora ottenuto il consenso della Corte di cassazione (S.U.. 28 gennaio 2011, n.2065; 7 giugno 2012, n. 9183) e del Consiglio di Stato (sez. VI 10 giugno 2011, n. 3513 e A. P.5 giugno 2012, n.18) in considerazione delle modifiche intervenute che hanno rafforzato il carattere giustiziale del ricorso (potere di sollevare la questione di costituzionalità da parte del Consiglio di Stato in occasione del parere da esprimere; carattere vincolante di tale parere ai fini della decisione del Capo dello Stato), come confermato dall'art. 112 c.p.a., che estende l'azione di ottemperanza prevista per le sentenze passate in giudicato agli "altri provvedimenti ad esse equiparati, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della p.a. di conformarsi alla decisione".

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

^{ci[106]} Cass. S. U. 22 maggio 2012, n.8071, ha riconosciuto come rientranti nei limiti della giurisdizione affidata al giudice amministrativo le modalità di attuazione in quel caso prescritte dal Consiglio di Stato.

^{ci[107]} Cons. St. sez. V 25 giugno 2007 n.3654, che espone diffusamente l'incertezza giurisprudenziale prima dell'art. 10 l.n.205/2000.

^{ci[108]} Cons. St. sez. IV 20 aprile 1999, n. 673

^{ci[109]} Cons. St. sez. V n.3654/2007, già citata.

^{ci[110]} Cons. St. sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20; TAR Lombardia-Brescia, .18 maggio 2012, n. 836 (che ammette misure attuative non irreversibili).

^{ci[111]} Prima del c.p.a. è stato ammesso al giudizio di ottemperanza il decreto ingiuntivo non opposto (Cons. St. sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3031; sez. V 5 settembre 2009, n.599), Recentemente è intervenuto orientamento favorevole anche per l'ordinanza di assegnazione del credito resa ai sensi dell'art. 533 c.p.c. (Cons. St. A. P., 10 aprile 2012 n.2) e per i decreti che concedono l'equa riparazione ex art.3 l.24 marzo 2001, n. 89 (TRGA Trento, 11 maggio 2012, n. 149).

^{ci[112]} Corte cost., ord. 18 marzo 205, n. 222

^{ci[113]} Cons. St. sez. VI 10 maggio 2011 n. 2757 e 21 dicembre 2011, n. 6773; Cass. S. U. 27 dicembre 2011, n. 28812.

^{ci[114]} Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49, sez. V 28 maggio 2009, n. 3269

^{ci[115]} Quest'ultimo però non è aspetto insormontabile in quanto l'art. 125 Cost. impedisce al legislatore di attribuire al TAR competenze giurisdizionali in unico grado ma non preclude di assegnare direttamente al Consiglio di Stato competenze specifiche (Corte cost. ord. 31 marzo 1988, n. 395; Cons. St. sez. V , 7 febbraio 2012, n.661).

^{ci[116]} Cons. St. sez. V , 8 settembre 2008, n.4276; sez. VI, 11 novembre 2010, n.8008

^{ci[117]} Cons. St. sez. V, 21 giugno 2006, n. 849; 4 marzo 2008, n. 849.

^{ci[118]} Cons. St. sez. V, 12 giugno 2012, n. 3443.

^{ci[119]} Cons. St. sez. V, 20 aprile 2012, n. 2347.

^{cxx[120]} Il giudice amministrativo francese ha ampi poteri discrezionali per stabilire se l'ammenda, una volta chiesta dalla parte, vada comminata o meno a carico dell'amministrazione inadempiente, potendo anche graduarla in provvisoria e definitiva.

^{cxxi[121]} Il giudice amministrativo tedesco può stabilire l'ammenda a carico dell'amministrazione inadempiente fino all'importo di euro 10.000, e la può anche rinnovare, ma essa viene devoluta normalmente all'erario statale e solo eccezionalmente al privato.

^{cxxii[122]} F. Secchi, tesi dottorato su "L'esecuzione del giudicato nell'esperienza italiana e tedesca", anno accademico 2008/2009, in internet.

^{cxxiii[123]} TAR Campania- Napoli, 15 aprile 2011, n. 2162; TAR Lazio-Roma, 29 dicembre 2011, n. 10305.

^{cxxiv[124]} Cons. St. sez. V, 20 dicembre 2011, n.6688.

^{cxxv[125]} Cons. St. sez. V, 14 maggio 2012, n.2744.

^{cxxvi[126]} La prima decisione del Consiglio di Stato che ho rinvenuto è della sez. V in data 2 ottobre 1933, n. 566 (G. I. 1934, III, c.4), con la quale viene fissato il termine di 30 giorni per il pagamento della somma di danaro e altri adempimenti dovuti e in caso di persistenza dell'inadempimento viene incaricato dell'esecuzione il prefetto della provincia, per mezzo di suo commissario, con spese a carico dell'amministrazione.

^{cxxvii[127]} Cons. di Stato, A. P. 9 marzo.1973, n.1; Cass. S. U. 28 giugno1991 n. 7226 e 14 gennaio 1992 n. 368; Corte cost. 12 dicembre 1998, n.406.

^{cxxviii[128]} Diversa è la posizione del commissario straordinario (che può essere incaricato di svolgere sia genericamente le funzioni di un Ente o di un suo organo sia l'emanazione di uno specifico atto) nominato da autorità amministrative (Cons. St. sez. V, 6 ottobre 1999, n.1322; 28 dicembre 2011, n. 6953).

^{cxxix[129]} Corte Cost., 12 maggio 1977, n. 75; Cons. St. A. P.14 luglio 1978, n. 23.

^{cxxx[130]} Una parte della giurisprudenza accoglieva, prima del codice, la natura mista dell'attività del commissario ad acta: organo ausiliario del giudice di ottemperanza, e sotto il suo controllo, in caso di stretta attuazione del decum e organo straordinario dell'amministrazione per l'ulteriore attività discrezionale posta in essere da contestare eventualmente con il ricorso ordinario (Cons. St. sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; sez. V, 17 aprile 2002, n. 2006; sez. VI, 25 giugno 2007, n.3602, che distingue il ruolo del commissario ad acta nominato nel giudizio sul silenzio rifiuto da quello nominato in sede ottemperanza).

^{cxxxi[131]} Cons. St. sez. V, 1 marzo 2012, n. 1194. Nel caso di mancanza di somme disponibili nelle casse dell'amministrazione condannata con sentenza al pagamento di somme di denaro esistono attualmente notevoli limitazioni per l'esecuzione della sentenza: TAR Lombardia-Brescia 5 giugno 2012, n. 988.

^{cxxxii[132]} Cons., St. sez. IV, 18 luglio 2008, n. 3615, sez. VI, 17 ottobre 2008, n. 5055, Sez. V, 29 dicembre 2008, n. 6585.

^{cxxxiii[133]} Cons. St. sez.V, 18 gennaio 2010, n.136.

^{cxxxiv[134]} Cons. St. sez. V, 28 dicembre 2011, n.6953 (relativa all'applicabilità o meno della revisione dei prezzi dell'appalto); Cass. Sez. III, 18 settembre 2009, n.20105 (concernente la determinazione dell'indennità di avviamento dovuta ad un farmacista gestore provvisorio).

^{cxxxv[135]} Cons. St. sez. V, 28 settembre 2011, n.5391.

^{cxxxvi[136]} Cons. St. sez. VI, ord. 5 aprile 2012, n.2024.

^{cxxxvii[137]} Cons. Stato, sez.VI, 15 novembre 2010, n. 8053; sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078; TAR Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n.1799.

^{cxxxviii[138]} Cons. St. sez. VI, 5 luglio 2011, n. 4037.

^{cxxxix[139]} Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2010, n. 8053.

^{cxl[140]} Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; sez. VI, 3 dicembre 2004, n.7858.

^{cxli[141]} Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 2632.

^{cxlii[142]} Cass. S. U. 28 maggio 2012, n.8412.

^{cxliii[143]} Cons. St. sez. VI,19 giugno 2012, n.3569.

^{cxliv[144]} Si fa l'esempio di un' azione di annullamento di un atto avente contenuto vincolato e contestuale azione di adempimento per l'emanazione dell'atto richiesto; azione avverso il silenzio in relazione ad attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione; azione di condanna al risarcimento del danno che presuppone l'accertamento pieno del rapporto.

^{cxlv[145]} Cons. St. sez. IV, 29 agosto 2012, n.4638.

^{cxlvi[146]} Cons. St. sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1108; sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; 17 ottobre 2000, n. 5512.

^{cxlvii[147]} Cons. St. sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607; sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49.

^{cxlviii[148]} Cons. St. A. P. 14 ottobre 1986, n12.

^{cxlix[149]} Cons. St. sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

^{cl[150]} Cons. St. sez. V, 4 ottobre 2007, n. 5137.

^{cli[151]} Cass. S. U. 9 novembre 2011, n.23302.

^{clii[152]} Cons. St. sez. VI, 5 luglio 2011, n.4037.

cliii^[153] Cons. St. A.P. 10 dicembre 1998, n.9.

cliv^[154] Corte cost. 13 luglio 2007, n. 267.

clv^[155] Cons. St. A. P. 8 gennaio 1987, n. 1; sez. IV, 14 gennaio 1997, n. 5; sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7761.

clvi^[156] Cass. S. U. 9 novembre 2011, n. 23302.

clvii^[157] Cons. St. sez. IV, 25 maggio 2012 n.3093.

clviii^[158] Cons. St. sez. V 13 giugno 2012 n.3468.

clix^[159] Si tratta della c.d. legge Carnevale di cui all'art. 57 legge 24 dicembre 2003 n. 350, come integrato dal d.l. 16 marzo 2004, n.66, conv. l. 11 maggio 2004, n. 126.

clx^[160] Cass. S. U.28 gennaio 2011, n. 2065; 9 novembre 2011, n. 23302; 19 dicembre 2011, n.27277; 27 dicembre 2011, n. 28812; 19 gennaio 2012 n. 736; 17 febbraio 2012, nn.2312 e 2313; 22 maggio 2012, n. 8071; 28 maggio 2012, n.8412.

clxi^[161] Riportata integralmente nel sito della Corte di cassazione.

clxii^[162] Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione (E. Lupo), cit., pag. 4 .

clxiii^[163] Cass. S. U 23 dicembre 2008, n. 30254, la quale ha sancito il principio secondo cui attiene alla giurisdizione il negare da parte del giudice amministrativo la tutela risarcitoria sul presupposto che l'illegittimità dell'atto deve essere dichiarata in sede di annullamento dell'atto (c.d.pregiudiziale amministrativa).

clxiv^[164] Cass. S. U. 21 giugno 2012, n.10294, la quale pur criticando il principio di diritto affermato dall'A. P. Cons. St. n.4/2011, secondo cui ha comunque carattere prioritario l'esame del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale anche nell'ipotesi in cui le due imprese partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica deducano la reciproca illegittima ammissione alla gara stessa e una volta accolto il ricorso incidentale consegue l'inammissibilità per difetto di legittimazione del ricorso principale, ha poi rigettato il ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione proposto dal ricorrente principale.

clxv^[165] Cass.S. U. 24 novembre 2009, n. 24673; 9 novembre 2011, n. 23302; 19 gennaio 2012, n.736.

clxvi^[166] Corte cost. 15 settembre 1995, n. 435.

clxvii^[167] Cass. S. U. 15 marzo 1999, n. 137

clxviii^[168] Cass. S. U. 31 ottobre 2008, n. 26302

clxix^[169] Cass. S. U.19 luglio 2006, n. 16469.

clxx^[170] Cass. S. U. , 9 novembre 2011, n. 23302, che ha ritenuto non ripetibile una procedura concorsuale in esecuzione del giudicato se l'incarico pubblico non è più conferibile per l'intervenuto collocamento a riposo del ricorrente, salvo il diritto al risarcimento del danno.

clxxi^[171] M. Nigro, Giustizia amministrativa, Bologna, 1983, pagg. 383 e segg.; Cons. St. A.P. 17 gennaio 1997, n.1; sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131.

clxxii^[172] Cons. St. sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796.

clxxiii^[173] M. Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, nel sito Web Federalismi.it, 2010.

clxxiv^[174] Come nell'ipotesi in cui la sentenza da ottemperare si limiti a condannare in astratto l'amministrazione al risarcimento del danno senza accertare la sussistenza dei relativi presupposti, con la conseguenza che il giudice dell'ottemperanza è costretto poi verificare se tali presupposti sono presenti in concreto.

clxxv^[175] M. Nigro, Il giudicato amministrativo e il processo amministrativo, scritti giuridici, tomo III, Milano 1996, pag.1529, che riproduce un suo scritto risalente al 1981, ove si afferma la non necessità di un'autorizzazione legislativa affinché il giudice amministrativo indichi nella sentenza quali attività debba e possa compiere l'amministrazione per ricostituire lo stato di fatto e di diritto al momento del comportamento lesivo.

clxxvi^[176] E' stato ammesso infatti il rimedio dell'ottemperanza in sede di cognizione sia per le misure cautelari (Cons. St. A. P. 30 aprile 1982, n. 6; Corte cost. 8 novembre 1995, n. 419) sia per il silenzio rifiuto (Cons. St. A. P. 9 gennaio 2002, n.1).

clxxvii^[177] Legge n. 205/2000 (art. 2 per il silenzio rifiuto e art. 3 per le misure cautelari).

clxxviii^[178] F. Secchi, tesi dottorato su "L'esecuzione del giudicato nell'esperienza italiana e tedesca", anno accademico 2008/2009, in internet.

clxxix^[179] Legge n.205/2000, art 7 .

clxxx^[180] M. Lipari, L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza, cit.

clxxxi^[181] Proponendo l'azione di adempimento nel processo avverso il silenzio, che consente al privato di ottenere un sentenza di condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto: Tar Calabria-Catanzaro, 13 giugno 2011, n.899.

L'emanando secondo correttivo si adegua a detta statuizione in quanto, nel modificare l'art. 34 del codice, precisa che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio, ai sensi e nei limiti di cui all'art.31,comma3".

clxxxii^[182] La disposizione è equivoca in quanto non chiarisce se si tratta di un potere esercitabile d'ufficio o su istanza di parte da avanzare anche nel corso del giudizio (nel primo senso: Cons. St. sez. IV, 18 maggio 2012, n.2916, nel

secondo: TAR Toscana, 30 maggio 2012, n.1047). Comunque il presupposto della sussistenza di un interesse ai fini risarcitori, prescritto nella norma, sembra richiedere per lo meno la prospettazione di fatti idonei da cui desumere l'interesse della parte ai fini risarcitori.

^{clxxxiii[183]} Limitazione prevista dall'art. 35 legge n. 205/2000.

^{clxxxiv[184]} S. Baccarini, Scelta delle azioni e valutazione della necessità di annullamento per la tutela del ricorrente, Dir. proc. amm. n.4/2011; D. Vaiano, Sindacato di legittimità e sostituzione della pubblica amministrazione; Giustamm.it, 2012; F. Caringella, La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela, Il nuovo diritto amministrativo, n.1/2012 ; Cons. St. A. P. 23 marzo 2011, n. 3; TAR Lombardia-Milano 8 giugno 2011, n.1428.

^{clxxxv[185]} Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato G. Coraggio, 19 aprile 2012, riportato integralmente nel sito del Consiglio di Stato.