

**Luiss**  
**Libera Università Internazionale degli Studi Sociali**  
**Guido Carli**

Facoltà di Giurisprudenza  
Cattedra di Diritto Amministrativo

**ESECUZIONE E OTTEMPERANZA DELLA SENTENZA  
DI ANNULLAMENTO**

RELATORE  
Prof. Paolo Stella Richter

CANDIDATO  
Monica Berardinelli  
Matr. 043323

CORRELATORE  
Prof. Filippo Lubrano

ANNO ACCADEMICO 2001/2002

## INDICE

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>p. 1</b>
--------------------------	-------------

### **CAPITOLO I** L'esecuzione in via amministrativa della sentenza di annullamento di primo grado

<b>I.1</b> Il carattere esecutivo della sentenza amministrativa.....	<b>p. 7</b>
<b>I.2</b> L'art.88 reg.proc. 1907 e l'effetto conformativo della sentenza.....	<b>p. 14</b>
<b>I.3</b> Attività della P.A. successiva alla pronuncia.....	<b>p. 23</b>
a) in caso di sentenza che dichiara l'illegittimità dell'inerzia.....	<b>p. 26</b>
b) in caso di annullamento di un atto a contenuto positivo.....	<b>p. 29</b>
<b>I.4</b> L'attività di esecuzione e le sopravvenienze di fatto e di diritto.....	<b>p. 36</b>
<b>I.5</b> Cenni all'esecuzione delle misure cautelari.....	<b>p. 41</b>

### **CAPITOLO II** L'inadempimento da parte della P.A. soccombente

<b>II.1</b> <i>Quid iuris</i> in caso di mancata esecuzione delle sentenze di	
---	--

	primo grado? Un raffronto con la disciplina prevista in ambito civilistico.....p. 47
<b>II.2</b>	Giudizio di ottemperanza: il giudicato amministrativo....p. 57
<b>II.3</b>	Distinzione tra violazione del giudicato ed elusione del giudicato.....p. 64
<b>II.4</b>	L'elaborazione giurisprudenziale in ordine ad un rimedio contro la non esecuzione delle sentenze di primo grado.....p. 71
<b>II.5</b>	La sentenza n. 406 del 1998 della Corte Costituzionale.....p. 85

### **CAPITOLO III** L'attribuzione al giudice di primo grado di " poteri inerenti al giudizio di ottemperanza " ex art. 10 l. 205 del 2000

<b>III.1</b>	I poteri del giudice in sede di ottemperanza: la nomina del commissario <i>ad acta</i> .....p. 91
<b>III.2</b>	La distinzione tra esecuzione ed ottemperanza della sentenza amministrativa.....p. 101
<b>III.3</b>	La novità introdotta dall'art. 10 della l. 205 del 2000.....p. 112
<b>III.4</b>	Conseguenti problemi interpretativi.....p. 119

<b>CONCLUSIONI</b> .....p. 130
--------------------------------

BIBLIOGRAFIA

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

RIFERIMENTI NORMATIVI

## INTRODUZIONE

Si può parlare di effettività della giustizia amministrativa quando l'apparato giurisdizionale è in grado di dare una risposta soddisfacente alla domanda di giustizia che le viene rivolta.

A differenza della giustizia penale, che tende alla verità, la giustizia amministrativa, come quella civile, è una giustizia che tende alla certezza e ad ottenere dal giudice il bene economico della qualificazione giuridica definitiva della realtà giuridica controversa: qualificazione che, proprio per il suo valore economico, deve essere conseguita in tempo utile, altrimenti non serve più. Il vero interesse delle parti nel processo amministrativo non consiste " nella produzione di un pezzo di carta che, in nome del popolo italiano, pronuncia secondo diritto; ma nell'ottenere che il giudice prima stabilisca qual è la soluzione giusta e poi riesca a far cogliere all'attore vittorioso il frutto della sua vittoria " <sup>1</sup>.

La legge 21 Luglio 2000, n. 205, sotto il titolo generico di " Disposizioni in materia di giustizia amministrativa ", costituisce, a

poco più di trent'anni dalla istituzione dei Tribunali amministrativi regionali (legge 6 dicembre 1971, n.1034), il primo intervento legislativo organico sul processo amministrativo, mediante un complesso di norme volte in primo luogo ad incidere sui profili rivelati più bisognosi di aggiustamenti, in modo tale da rendere più effettiva (almeno, nelle intenzioni) la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, tutela di cui gli addetti ai lavori lamentavano da anni l'assenza.

Tra le norme che rilevano sotto quest'ultimo profilo vi è quella dell'art. 10, concernente l'esecuzione <sup>2</sup> delle sentenze dei TAR non ancora passate in giudicato. Sentenze, ovviamente, di accoglimento dei ricorsi avverso atti o comportamenti della P.A., dato che per le sentenze di rigetto (le quali, in sostanza, confermano l'operato di quest'ultima) non si pone, evidentemente, alcun problema di esecuzione o di ottemperanza da parte della stessa.

In sede di giurisdizione di legittimità (alla quale si può ricorrere per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere contro

---

<sup>1</sup> S. Giacchetti, *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, Milano, 1996, 458.

<sup>2</sup> La parola "esecuzione", nella più lata accezione del termine, richiama alla mente l'idea di una posteriorità logico-temporale dell'azione rispetto ad un momento determinativo della volontà, costituendo il *trait d'union* tra due momenti: nel primo, prevale il *faciendum*, nel secondo, il *facere*. In ambito giuridico, detto termine rinvia idealmente ad una normativa, ad un "testo" in virtù del quale qualcosa è in modo chiaro configurabile in

qualsiasi provvedimento amministrativo che abbia leso un interesse legittimo), il giudice ben può accertare il fatto, ma il sindacato non può estendersi alle valutazioni di merito dell'autorità amministrativa ed, in particolare, alla valutazione della scelta dei mezzi ritenuti più idonei per il raggiungimento dei fini di pubblico interesse perseguiti dalla P.A.<sup>3</sup>.

Se gli atti sui quali verte il giudizio vengono qualificati illegittimi dal giudice, perché affetti da uno dei vizi tipicizzati dal legislatore nell'art. 3 della legge istitutiva dei TAR, il processo amministrativo si concluderà con una sentenza di annullamento (o costitutiva) che ha come effetto principale e tipico l'eliminazione, con efficacia *ex tunc*, del provvedimento impugnato.

Il punto di partenza di questo studio, inerente dunque la sentenza di annullamento pronunciata in sede di giurisdizione di legittimità, è costituito dalla previsione legislativa della esecutività della sentenza di primo grado (art. 33 l. n. 1034 del 1971). La scelta in tal modo espressa dal legislatore è chiaramente volta ad assicurare, già al termine del primo grado di giudizio, che la sentenza produca i suoi effetti nei confronti delle parti. Ciò, dunque, comporta che

---

termini di *faciendum*, in modo tale che il *facere* vi si possa rispecchiare e riconoscere, appunto, come una esecuzione : P. Rasi, *L'Esecuzione*, Milano, 1982, 448.

<sup>3</sup> P. Virga, *Diritto Amministrativo- atti e ricorsi*, Milano, 2001, 250.

l'amministrazione soccombente, una volta annullato l'atto, proceda all'esecuzione della sentenza; infatti, " il sistema potrà adempiere ai compiti di tutela istituzionalmente affidatigli, e funzionare correttamente, solo se le pronunce emesse nelle vertenze tra pubblica amministrazione e cittadini non rimarranno mere affermazioni, ma troveranno riscontro in modificazioni della realtà oggettiva, materiale e giuridica " <sup>4</sup>.

La dottrina aveva notato l'improprietà del termine presente nell'art. 33, in quanto tale esecutività non implicava che il ricorso previsto per ottenere che l'autorità amministrativa si conformasse al giudicato potesse essere esperito anche per ottenere che la P.A. si conformasse alla sentenza di primo grado non passata in giudicato: l'art. 37, infatti, che disciplina tale ricorso, lo riferisce sempre al giudicato <sup>5</sup>.

Nel primo periodo di applicazione della nuova disposizione del 1971 in esame, dunque, quando essa non era ancora stata adeguatamente studiata in dottrina e valutata in giurisprudenza, per evitare che l'eventuale inadempimento da parte della P.A. soccombente rimanesse privo di sanzione e dunque che l'art. 33

---

<sup>4</sup> R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 4.

<sup>5</sup> E. Cannada-Bartoli, *Esecutività della decisione dei Tribunali Amministrativi Regionali ed obbligo di conformarsi al giudicato*, Milano, 1974, 71.



diventasse lettera morta, si era pensato di assimilare l'esecutività della sentenza di primo grado a quella della sentenza per cui era esperibile il rimedio del giudizio di ottemperanza.

Fino all'entrata in vigore della legge di riforma sopra citata, infatti, il nostro ordinamento non prevedeva alcun rimedio giudiziale di tipo surrogatorio che consentisse di eseguire, nonostante la contraria volontà dell'amministrazione, la sentenza amministrativa non ancora passata in giudicato; uno dei presupposti necessari per poter esperire l'azione di ottemperanza, infatti, era costituito dal passaggio in giudicato della sentenza non adempiuta.

Oggi il quadro normativo-processuale è cambiato, poiché il legislatore ha esteso l'esercizio, in capo ai tribunali amministrativi regionali, dei poteri inerenti al giudizio di ottemperanza anche per l'esecuzione delle sentenze non coperte da giudicato. Tale soluzione è arrivata dopo lunghi e accesi dibattiti tra dottrina e giurisprudenza in ordine al problema dell'esecuzione della sentenza amministrativa, nell'intento di garantire una protezione effettiva degli interessi del ricorrente che è risultato vincitore in primo grado.

Ma quali sono gli effetti che la sentenza di annullamento produce in capo all'amministrazione soccombente? In che modo deve essere soddisfatta la pretesa del ricorrente che ha visto riconosciute le

sue ragioni nel giudizio di primo grado? E qual è realmente l'impatto che l'art. 10 ha avuto nel nostro ordinamento? Si può ancora distinguere l'esecuzione di una sentenza dalla sua ottemperanza? Se sì, qual è la linea di confine che le divide?

Questo modesto lavoro di ricerca cercherà di dare una risposta ad ognuna di queste domande, dando spazio alle autorevoli voci che si sono levate dalle aule dei Tribunali che, lungo la penisola, hanno cercato di far luce su un tema tanto delicato e, allo stesso tempo, ricco di soluzioni interpretative, a volte anche innovatrici e così tanto varie da far parlare di " foresta di Sherwood " per i possibili pericoli di smarrimento <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> S. Giacchetti, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A.*, Milano, 1997, 71.

## **CAPITOLO I**

### **L'esecuzione in via amministrativa della sentenza di annullamento di primo grado**

#### **I.1 Il carattere esecutivo della sentenza di primo grado**

La legge n. 1034 del 1971 istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, al posto dell'Organo della Giunta Provinciale Amministrativa soppressa, pur rispettando ed introducendo nell'ordinamento amministrativo il doppio grado di giurisdizione come norma generale, ha lasciato aperto il problema in ordine al criterio della esecutività della sentenza amministrativa di primo grado <sup>1</sup>.

Anche le decisioni della G.P.A. soggette a ricorso in Consiglio di Stato erano dotate di esecutività, e tale caratteristica si affermò inizialmente in ragione della loro natura amministrativa <sup>2</sup>. Nel sistema disegnato dalla legge n. 6837 del 1890, infatti, le decisioni della Giunta erano riguardate pur sempre come provvedimenti di natura contenziosa, sindacabili, pertanto, dal Consiglio di Stato.

---

<sup>1</sup> G. Giusti, *Della esecutività della sentenza di primo grado*, Roma, 1979, 273.

<sup>2</sup> S. Romano, *Diritto amministrativo*, Milano, 1912, 227.

In questo contesto, il ricorso al Consiglio di Stato veniva concepito come un sindacato di legittimità contro un atto (la decisione della G.P.A.) che veniva comunque trattato " alla stregua degli atti amministrativi nei cui confronti il Consiglio esercitava normalmente il controllo di legittimità " <sup>3</sup>: se tale era la natura della decisione delle giunte provinciali amministrative, allora doveva apparire altrettanto ovvio che le stesse godessero dei caratteri propri di ogni provvedimento amministrativo e, in particolare, dell'esecutività.

In una simile prospettiva, il ricorso al Consiglio di Stato non appariva come un vero e proprio giudizio di secondo grado, bensì come un'impugnazione esperibile contro decisioni della G.P.A. viziate per violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza.

La successiva valorizzazione della natura giurisdizionale di tali atti, compiuta anche alla luce della previsione costituzionale del doppio grado di giurisdizione, condusse ad una riconsiderazione complessiva della portata delle pronunce delle G.P.A. e della funzione del ricorso al Consiglio di Stato, aprendo la strada ad una costruzione molto simile al sistema giurisdizionale civile. In particolare, coloro che propendevano per l'analogia tra i due sistemi invocavano l'applicazione anche nel processo amministrativo dell'art. 337 c.p.c, in

---

<sup>3</sup> V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901,

base al quale (prima della riforma del 1990) l'esecuzione delle sentenze rimaneva sospesa in pendenza dell'appello <sup>4</sup>.

A tale opinione, peraltro, c'era chi replicava asserendo che se la disciplina processuale civile prevedeva l'efficacia sospensiva dell'appello, ciò non implicava che tale regola valesse come principio generale per ogni processo: essa poteva, comunque, essere considerata come una norma eccezionale, dunque " non applicabile fuori di quella stretta ipotesi per la quale è stata posta " <sup>5</sup>. Inoltre, se la decisione della G.P.A. fosse stata priva della immediata esecutività, il giudice dell'appello avrebbe dovuto avere il potere di concedere la provvisoria esecutività in alcuni casi, come previsto nella giurisdizione civile; ma tale non era il caso del giudice amministrativo <sup>6</sup>. Nel corso di questo dibattito così acceso, si arrivò alla istituzione dei tribunali amministrativi regionali <sup>7</sup>.

Il legislatore del 1971 affermò il carattere immediatamente esecutivo per le sentenze di primo grado dei nuovi tribunali; l'art. 33 della legge n. 1034 , infatti, così recita: " Le sentenze dei tribunali

---

1057.

<sup>4</sup> O. Ranelletti, *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle giunte provinciali amministrative*, Milano, 1951, 80.

<sup>5</sup> U. Pototschnig, *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, 1988, 787.

<sup>6</sup> M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 219.

<sup>7</sup> B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 89.

amministrativi regionali sono esecutive. Il ricorso in appello non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata. Il Consiglio di Stato, tuttavia, su istanza di parte, qualora dall'esecuzione della sentenza possa derivare un danno grave ed irreparabile, può disporre con ordinanza motivata emessa in camera di Consiglio, che l'esecuzione sia sospesa ".

Non si parla dunque di esecutorietà, bensì di esecutività. La differenza tra i due termini è ben nota: il primo indica la proprietà della sentenza di poter essere attuata con la forza; l'altro, l'idoneità della stessa ad essere attuata.

Nel momento storico in cui fu adottata la scelta di conferire esecutività alle sentenze amministrative pur in pendenza dell'appello (o dei termini per la sua proposizione), non si trovava una simile disposizione nella disciplina del processo civile: fino alla recente riforma del codice di procedura civile <sup>8</sup>, solo alla sentenza di appello era riconosciuta la provvisoria esecutività <sup>9</sup>, mentre la stessa veniva negata per le sentenze di primo grado. In un momento, quindi, in cui

---

<sup>8</sup> L'art. 282 (in ordine alla esecutorietà provvisoria della sentenza soggetta a gravame) viene modificato dall'art. 33 della legge n. 353 del 1990 che introduce la regola della provvisoria esecutorietà della pronuncia di primo grado anche nel processo civile. B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 83.

<sup>9</sup> " L'esecuzione non è provvisoria, ma è basata su un titolo provvisorio. Il concetto di provvisoriety mal si attaglia in genere all'esecuzione (...), la provvisoriety deve ritenersi pertanto estranea all'esecuzione che è sempre definitiva, salvo ad essere dichiarata invali-

nel processo civile vigeva ancora la regola della non esecutività di tali sentenze, la legge sui TAR ha sancito il principio opposto; ciò che costituiva la regola in ambito amministrativo, rappresentava nel sistema processuale civile l'eccezione.

Ma qual è la ragion d'essere del carattere esecutivo o meno della sentenza soggetta a gravame? Indubbiamente, essa si trova nel bilanciamento di due valori, tra loro in contrasto, presenti in ogni processo: le esigenze di certezza da un lato (che richiedono una decisione quanto più ponderata e giusta della controversia in esame) e quelle di celerità dall'altro. Non vi è dubbio, poi, che l'esecutività della sentenza di primo grado prevista dall'art. 33 della legge n. 1034 del 1971, come "anticipazione provvisoria degli effetti del giudicato, fa giocare a favore del ricorrente vincitore in primo grado il tempo necessario per il giudizio di appello, sia pure senza creare una situazione definitiva e stabile " <sup>10</sup>.

La disciplina del processo civile, fino alla riforma del 1990, era caratterizzata per lo più dalla preminenza dell'aspirazione alla certezza della statuizione giudiziale sull'esigenza di celerità, che ha portato a negare la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado. Nel

---

damente compiuta perché basata su titolo esecutivo non confermato ": F. Carpi, *La provvisoria esecutorietà*, Milano, 1979, 6.

processo amministrativo (e dal 1990 in quello civile) , si è stabilito il principio opposto, facendo prevalere, quindi, in via generale l'esigenza di una risposta rapida sulla richiesta di certezza. L'accoglimento del principio di esecutività, del resto, si spiega coerentemente in ordine al particolare oggetto del giudizio amministrativo e, in qualche modo, trova una giustificazione nei caratteri del provvedimento amministrativo contro cui si ricorre: l'imperatività <sup>11</sup> e l'esecutorietà <sup>12</sup> dell'atto lesivo costituiscono una ragione di non equilibrio delle posizioni sostanziali delle parti, che non ha motivo di permanere una volta accertata, al termine del giudizio di primo grado, la fondatezza del ricorso. E' principio ben noto del diritto amministrativo che " il provvedimento invalido che incide sfavorevolmente sul privato espliciti i suoi effetti fino a che in sede di riesame (amministrativo o giurisdizionale), accertatane l'illegittimità, non se ne disponga la rimozione " <sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> E. M. Barbieri, *Sull'esecutività della sentenza amministrativa di primo grado*, Milano, 1976, 2912.

<sup>11</sup> Il contenuto dell'atto di esercizio del potere amministrativo non è , infatti, il risultato della convergente volontà di tutti i soggetti interessati o almeno di tutti quelli nella cui sfera soggettiva gli effetti sono destinati a prodursi (secondo lo schema negoziale ex art. 1321 c.c.), ma il risultato della unilaterale volontà dell'autorità amministrativa titolare del potere, che a sua volta è tenuta a determinarsi in funzione esclusiva del soddisfacimento dell'interesse pubblico. V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 365.

<sup>12</sup> L'esecuzione del provvedimento amministrativo risponde ad un'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento stesso; tale esigenza si esprime, sul piano dell'esecuzione, nella c.d. esecutorietà. V. Cerulli Irelli, *cit.*, Torino, 1997, 566.

<sup>13</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 90.



Per rafforzare la caratteristica dell'esecutività di cui è dotata la sentenza di primo grado, il legislatore ha anche previsto che il ricorso in appello non sospende automaticamente l'esecuzione delle statuizioni giudiziali pronunciate in primo grado, che dunque continuano ad esplicare i loro effetti. Ai sensi del secondo comma dell'art. 33, infatti, tale esecuzione può essere sospesa dal giudice, su istanza di parte, solo se dall'esecuzione stessa possano derivare danni gravi e irreparabili. Anche con riguardo alla domanda cautelare di sospensione non era previsto nel processo civile una simile disposizione. Prima della riforma del 1990, infatti, la valutazione discrezionale del giudice riguardava la concessione della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, mentre oggi il nuovo art. 283 c.p.c. prevede che il giudice ne possa sospendere l'esecutività in presenza di " gravi motivi ", valutabili discrezionalmente. Anche ammessa in ipotesi la sospensione della pronuncia di primo grado, essa non ha l'effetto di far rivivere l'atto annullato: poiché vi è stata una causa di cessazione di tale atto, la sospensione non potrebbe farlo rivivere, in quanto per questo scopo sarebbe necessaria una pronuncia costitutiva che ponga nel nulla la sentenza di annullamento <sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> U. Gargiulo, *Sulla ammissibilità della domanda di sospensione delle decisioni giurisdizionali amministrative*, Milano, 1948, 183.

Dunque, in assenza di questa specifica richiesta e del presupposto normativo richiesto, la sentenza di primo grado è esecutiva dal momento in cui è resa pubblica, e cioè dal deposito della stessa nella segreteria <sup>15</sup>.

## **I.2 L'art. 88 reg. proc. 1907 e l'effetto conformativo della sentenza**

L'esecutività riconosciuta alla sentenza che accoglie il ricorso implica che questa espliciti i propri effetti e che quindi realizzi l'annullamento del provvedimento amministrativo e la sua rimozione dal mondo giuridico. E' stato osservato, infatti, che l'effetto delle sentenze di annullamento consiste proprio " nella eliminazione, dal mondo del diritto, del provvedimento amministrativo annullato, con la conseguente eliminazione *ex tunc* della sua operatività giuridica, vale a dire con la instaurazione *ex tunc* di una situazione giuridica tale, quale sarebbe esistita se l'atto annullato non fosse mai stato posto in

---

<sup>15</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 376.

essere " <sup>16</sup>. Ciò significa che gli interessati (ricorrenti e resistenti) devono essere rimessi nella condizione giuridica in cui si sarebbero trovati se l'atto annullato, appunto, non fosse stato emanato <sup>17</sup>.

La sentenza di accoglimento del ricorso, peraltro, non si esaurisce in ciò: la decisione giudiziale contiene anche un ordine rivolto alla pubblica amministrazione di eseguire la pronuncia (l'art. 65 del regolamento di procedura del Consiglio di Stato n. 642 del 1907 prevede, infatti, che la sentenza deve contenere tale ordine), in quanto il carattere esecutivo della sentenza implica cioè che l'autorità la porti ad esecuzione in via amministrativa. Dispone infatti l'art. 88 del regolamento citato che l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese del giudizio e per quelle contenenti una condanna al pagamento di una somma di denaro, che hanno luogo in via giudiziaria, secondo le norme del codice di procedura civile.

Non vi è dubbio, dunque, che il processo amministrativo è un processo costitutivo e che la sentenza di annullamento è una sentenza costitutiva; ma tale sentenza non è soltanto costitutiva, perché contiene sempre, come detto, l'ordine rivolto all'autorità

---

<sup>16</sup> A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 412.

<sup>17</sup> O. Ranelletti, *cit.*, Milano, 1951, 80.

amministrativa di darvi esecuzione: trattasi, dunque, anche di sentenza ordinatoria <sup>18</sup>.

La lettura combinata degli articoli 33 della legge istitutiva dei TAR e 88 del reg. proc. del 1907 consente di dedurre il carattere doveroso e non meramente facoltativo dell'esecuzione amministrativa della sentenza. La stessa giurisprudenza amministrativa, a conferma di tale circostanza, ritiene unanimemente che " la spontanea esecuzione, da parte della P.A. soccombente in primo grado, della sentenza del tribunale amministrativo regionale non implica di per sé alcuna acquiescenza, in quanto tale sentenza è immediatamente esecutiva e va eseguita anche se ciò avvenga dopo la proposizione dell'appello, fermo restando che tale attività è doverosa e risponde a regole di buona amministrazione e non crea alcun inconveniente, essendo destinata a caducarsi automaticamente in caso di accoglimento dell'appello " <sup>19</sup>.

Tuttavia, soprattutto in passato, si era sostenuta la tesi contraria e si era negata la consequenzialità tra carattere esecutivo e doverosità della sua esecuzione in via amministrativa: si riteneva, infatti, che a fronte di decisioni esecutive ma non ancora definitive del giudice

---

<sup>18</sup> E. M. Barbieri, *cit.*, Milano, 1976, 2911.

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 363.

amministrativo non sussistesse l'obbligo di eseguirle in capo all'autorità amministrativa<sup>20</sup>.

La tesi non appare tuttora sostenibile: non sembra infatti possibile affermare, da un lato, l'immediata esecutività della decisione giudiziale e negare, dall'altro, la doverosità dell'attività di ripristino che ne è la logica e necessaria conseguenza. L'efficacia retroattiva dell'annullamento non può non implicare un conseguente adeguamento della realtà materiale che consenta una corrispondenza piena tra situazione di fatto e quella di diritto che emerge dalla pronuncia del giudice<sup>21</sup>. E' stato, infatti, autorevolmente affermato che " la sostanza della esecutività della sentenza amministrativa - e dunque il significato dell'esecutività, come attribuito ad essa dalla legge - è costituita dall'operatività immediata, e cioè dalla capacità di produrre immediatamente gli effetti giuridici propri della pronuncia (di volta in volta costitutivi, dichiarativi, ordinatori) e di aprire così la possibilità di portare la sentenza (come si esprime l'art. 33 l. 1034 - e già l'art. 39 t.u. C.S. - nell'occuparsi della sospensione dell'esecuzione

---

<sup>20</sup> Secondo alcuni autori, dunque, l'amministrazione non avrebbe un obbligo, ma una mera facoltà di esecuzione della sentenza. Un vero e proprio obbligo di esecuzione non andrebbe riconosciuto fino a che la decisione " non sia diventata definitiva e irrevocabile, vale a dire abbia acquistata autorità di cosa giudicata, imperroché solo in questo momento essa decide definitivamente e irrevocabilmente la questione di cui si tratta, esprime come certo e indiscutibile il diritto del caso concreto, e lo impone in modo assolutamente obbligatorio alle parti cui la questione si estende ". O. Ranelletti, *cit.*, Milano, 1951, 78.

<sup>21</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 95.

del provvedimento impugnato) ad esecuzione, e dunque della possibilità che le statuizioni di essa siano tradotte nei conseguenziali atti e comportamenti attuativi: di portare cioè a quella stessa esecuzione il cui corso solo il giudice della impugnazione può, ai sensi del cit. art. 33 (e già del cit. art. 39), sospendere " <sup>22</sup>.

Qual è la portata di quest'obbligo di esecuzione ? E' chiaro che in caso di sentenza che rigetta il ricorso non occorrerà alcuna attività dell'amministrazione per eseguirla, in quanto l'atto amministrativo impugnato rimane fermo, essendo confermato nella sua legittimità. Si può ben dire che in questo caso l'esecuzione si compie automaticamente, " di diritto ".

Nel caso di una sentenza di annullamento, suo effetto immediato è quello di eliminare dal mondo giuridico l'atto impugnato ma, come già detto, occorrerà un'opera di adeguamento da parte della P.A. della situazione di fatto e dello stato di diritto alla nuova situazione giuridica che emerge dalla pronuncia del giudice. Ciò vuol dire che quando per eseguire una decisione è necessaria quest'opera di adeguamento, allora quella esecuzione non si compie di diritto, cioè

---

<sup>22</sup> A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, Padova, 1982, 31.

automaticamente, ma solo per mezzo di provvedimenti dell'autorità amministrativa diretti a tale scopo<sup>23</sup>.

Ai fini della determinazione in concreto di questo dovere di adempimento per la parte soccombente nel giudizio di primo grado, è stata da più parti sottolineata l'importanza che riveste la motivazione della sentenza, in connessione con i motivi del ricorso. L'autorità amministrativa non può, senza incorrere in eccesso di potere, non tenere presenti, almeno come direttive del proprio operato, le ragioni poste a base della pronuncia<sup>24</sup>. E' il tema del c.d. effetto conformativo della sentenza amministrativa.

Accanto all'effetto di annullamento si riconosce, infatti, alla sentenza un contenuto di accertamento che rappresenta, pur sempre nei limiti dei motivi addotti dal ricorrente, una ricognizione sulla legittimità o meno dell'attività amministrativa; dalla pronuncia emerge, dunque, un'indicazione su come il potere doveva essere concretamente esercitato. L'accertamento giudiziale quindi fornisce " il contenuto dell'obbligo di ripristinare e fornisce il contenuto dell'obbligo di conformazione (ben s'intende, come effetto diretto della sentenza), perché, sotto mostra di accertare l'invalidità dell'atto e

---

<sup>23</sup> O. Ranelletti, *cit.*, Milano, 1951, 77.

<sup>24</sup> A. M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, Padova, 1982, 26.

le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura " <sup>25</sup>.

E' chiaro che l'effetto conformativo della sentenza di annullamento è tanto più efficace per quanti più sono i motivi del ricorrente accolti dal giudice; è altresì tanto più efficace per quanti più i motivi accolti non sono formali, bensì sostanziali.

Dal quadro presentato emerge, dunque, come la struttura impugnatoria del processo costituisca un limite fisiologico ai poteri di accertamento del giudice, perché l'esame giudiziale potrà riguardare solo gli elementi della fattispecie oggetto di specifica impugnazione <sup>26</sup>; il campo di indagine del giudice sarà poi ancora di più limitato se si faranno valere motivi soltanto di natura formale e procedurale, in quanto l'assenza di censure sostanziali sull'operato amministrativo ostacola, infatti, l'individuazione del tipo di tutela sostanziale per il privato cittadino.

E' pur vero, però, che anche quando il ricorrente fa valere vizi formali e sostanziali dell'atto, la prassi giurisprudenziale dell'assorbimento dei motivi (per cui il giudice omette di pronunciarsi

---

<sup>25</sup> M. Nigro, *cit.*, Bologna, 1994, 303.

<sup>26</sup> Il ricorso, infatti, non può essere accolto per motivi diversi da quelli che sono stati dedotti con il ricorso stesso. P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 368.



sui motivi di impugnativa di carattere sostanziale ogni volta che le censure formali realizzano l'annullamento dell'atto) rischia di " rendere frustranea la pronuncia, dalla quale il ricorrente plausibilmente si aspetta l'indicazione di come l'amministrazione (avrebbe dovuto e) dovrà regolarsi in caso di rinnovazione del procedimento " <sup>27</sup>.

Ma anche quando il ricorso contempla rilievi sostanziali, tutte le volte in cui il potere esercitato abbia carattere discrezionale, l'accertamento del giudice dovrà limitarsi ad un sindacato di ragionevolezza dell'attività istruttoria e della decisione finale della P.A. Le valutazioni compiute dall'autorità amministrativa non possono essere sostituite in sede di giudizio amministrativo: il giudice può solo verificare la ragionevolezza dell'iter seguito dalla P.A.<sup>28</sup>. Anche quando tale sindacato esterno sull'azione amministrativa conduca all'accertamento sull'eccesso di potere, la sentenza non pare, allo stesso modo, in grado di eliminare il potere discrezionale dell'autorità imponendo una determinata decisione: all'autorità amministrativa

---

<sup>27</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1483.

<sup>28</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 106.

restano, infatti, degli " spazi liberi " entro cui esercitare la funzione amministrativa <sup>29</sup>.

L'accertamento dei motivi dedotti dal ricorrente, dunque, si tradurrà in condizionamenti al successivo esercizio di potere da parte dell'amministrazione: la motivazione della sentenza, allora, rivestirà un'importanza fondamentale per stabilire le linee guida della successiva attività della P.A., in quanto il giudice è vincolato alla formulazione dei motivi, per il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

---

<sup>29</sup> Riguardo al sindacato sulla discrezionalità, il Nigro distingue tra " effetto vincolante pieno, diretto (quando l'atto viene annullato perché difettavano i presupposti soggettivi od oggettivi previsti dalla norma) o indiretto (quando l'annullamento implica l'impossibilità di riemanare l'atto essendo decorso il termine entro cui poteva essere esercitato) " ed " effetto vincolante semipieno, quando il vizio cade sugli elementi discrezionali dell'atto,

### **I.3 Attività della P.A. successiva alla pronuncia**

I contenuti dell'attività amministrativa successiva alla pronuncia possono essere diversi a seconda del tenore e della portata della sentenza da eseguire e del contesto amministrativo in cui questa interviene: differenti sono, infatti, le conseguenze sul piano della successiva azione amministrativa che derivano dalla dichiarazione di illegittimità dell'inerzia della P.A. in ordine ad una richiesta del cittadino e dalla sentenza di annullamento di un atto a contenuto positivo<sup>30</sup>.

Nel primo caso, il giudice amministrativo ordina all'autorità amministrativa di emettere il provvedimento, restituendo in capo alla P.A. il potere-dovere di provvedere in seguito alla sentenza che accerti l'illegittimità del silenzio.

Nel secondo caso, invece, all'effetto propriamente costitutivo di annullamento del provvedimento si deve accompagnare all'occorrenza

---

cosicché l'annullamento limita, ma in via di principio non elimina, il potere discrezionale dell'amministrazione di rinnovarlo ". M. Nigro, *cit.*, Bologna, 1994, 301.

<sup>30</sup> Il diverso grado di vincolatività della sentenza dipende dalla natura dell'atto annullato, dalla natura e dal numero dei motivi di annullamento e dal contenuto dell'atto annullato, poiché " quanto più è semplice e non motivato, tanto meno numerosi sono i possibili profili di impugnazione, tanto minore il vincolo dell'amministrazione in sede di rinnovazione dell'atto ". G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, Milano, 1989, 427.

un intervento con finalità ripristinatorie <sup>31</sup>: la rimozione (dal mondo giuridico) dell'atto positivo, infatti, comporta un conseguente adeguamento della situazione di fatto alle statuizioni della pronuncia per la riparazione effettiva della lesione lamentata dal ricorrente.

In caso di ricorso avverso l'inerzia della P.A., prima della legge di riforma del 2000 si riteneva che il giudice dovesse accertare anche la fondatezza della pretesa del ricorrente: il Consiglio di Stato aveva riconosciuto infatti che " il sindacato del giudice non deve essere limitato al mero riconoscimento del dovere di provvedere in astratto, ma deve essere rivolto, nei limiti dell'attività amministrativa vincolata, a stabilire la fondatezza della pretesa del ricorrente e a definire quindi il contenuto del provvedimento che (avrebbe dovuto e) deve essere adottato " <sup>32</sup>. Con la pronuncia del Consiglio di Stato del 9 gennaio 2002, di cui si dirà in seguito, l'orientamento oggi è cambiato.

A seguito della pronuncia di annullamento del provvedimento amministrativo è necessaria un'attività di esecuzione e di ripristino perché si realizzi sul piano materiale l'effettiva rimozione dell'atto lesivo, e quindi la sentenza dovrà avere una certa efficacia

---

<sup>31</sup> Non richiedono tale attività, perché autoesecutive, le sentenze di accoglimento contro provvedimenti mai eseguiti; è il caso, a titolo di esempio, del decreto di espropriazione della P.A. cui non ha fatto seguito la materiale occupazione dell'immobile: la rimozione dell'atto stesso sarà misura sufficiente a tutelare il ricorrente. S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 538.

<sup>32</sup> F.G. Scoca e M. D'Orsogna, *Silenzio: clamori di novità*, Milano, 1995, 420.

condizionante gli ulteriori e susseguenti provvedimenti dell'amministrazione, poiché è da questa nuova azione della P.A. che può dipendere la soddisfazione concreta o meno della pretesa sostanziale del cittadino.

Il ricorrente privato, infatti, impugnando l'atto, " ha sicuramente due scopi: uno scopo immediato (eliminare il provvedimento amministrativo) e uno scopo mediato (soddisfare il proprio interesse sostanziale) " <sup>33</sup>. Per sottolineare l'importanza di quest'ultima finalità il Consiglio di Stato ha anche sottolineato come il giudice amministrativo abbia il compito non solo di individuare " i vizi del provvedimento di cui pronuncia l'annullamento ", ma di evitare " i vizi futuri dell'azione amministrativa mediante l'affermazione degli obblighi della P.A. e degli effetti della propria pronuncia in ordine all'ulteriore esercizio del pubblico potere " per una " più tempestiva ed efficace tutela delle posizioni giuridiche, sia della deflazione dell'emanazione di atti giuridici illegittimi e del relativo contenzioso " <sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> M. Nigro, *cit.*, Bologna, 1994, 307.

**a) in caso di sentenza che dichiara l'illegittimità dell'inerzia**

L'art. 2 della legge 205 del 2000 ha avuto lo scopo di disciplinare una materia che da decenni attendeva una disciplina normativa specifica ed appropriata, autonoma rispetto al rito ordinario adatto per la trattazione di normali controversie con la P.A. prevalentemente originate da un provvedimento del quale si contesta la legittimità e si chiede la rimozione, ma non per le controversie c.d. " negative ", aventi soprattutto ad oggetto l'inerzia della pubblica autorità <sup>35</sup>.

In caso di illegittimo silenzio dell'amministrazione, lesivo di un interesse qualificato, al cittadino che si avvaleva del rimedio ordinario non sarebbe bastata una sentenza, sebbene favorevole, in quanto non autoesecutiva e non in grado di soddisfare la pretesa del ricorrente. Egli avrebbe dovuto, infatti, attendere il passaggio in giudicato della sentenza per poi dar vita ad un nuovo giudizio per l'ottemperanza della pronuncia del giudice.

Il nuovo art. 21 bis introdotto dalla citata legge ha stabilito che il ricorso in argomento è deciso in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, e che qualora oltre il termine fissato dal

---

<sup>34</sup> Cons. St., sez. V, 16 ottobre 1997, n. 1145.

giudice per l'adempimento, non superiore a 30 giorni, la P.A. resti inerte, il giudice, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa.

Ma cosa si intende per inerzia? La risposta, senza alcun dubbio, conduce alla individuazione dell'inerzia nel comportamento di un determinato soggetto pubblico che, sollecitato alla funzione di titolarità, se ne sottrae, impedendo all'interessato (che ne faccia richiesta) non solo di conseguire una posizione qualificata che solo l'amministrazione competente può assicurargli, ma di conoscere l'esito della valutazione che alla stessa è riservata <sup>36</sup>. E' altrettanto chiaro che l'ipotesi in cui la P.A., a fronte di una richiesta di provvedimento da parte del privato, ometta di provvedere, configuri un comportamento illegittimo. Si parla in dottrina di *silenzio rifiuto* o *silenzio inadempimento* <sup>37</sup>.

A seguito della pronuncia del giudice che accerti, dunque, l'illegittimità dell'inerzia dell'autorità amministrativa, si produrrà in capo a quest'ultima l'obbligo di provvedere sull'istanza del privato, poiché in base alla legge sul procedimento amministrativo n. 241 del

---

<sup>35</sup> N. Saitta, *Ricorsi contro il silenzio della P.A. : quale silenzio?*, Roma, 2001, 1012.

<sup>36</sup> S. Pelillo, *Il ricorso avverso il silenzio della P.A.*, Roma, 2001, 1106.

<sup>37</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 40.

1990, l'autorità amministrativa ha il dovere di concludere il procedimento mediante un provvedimento espresso.

In un certo senso, la sentenza in esame riporta al punto di partenza il privato e l'autorità amministrativa <sup>38</sup>; ma la cognizione del giudice è limitata all'accertamento della illegittimità dell'inerzia della P.A., e non si estende all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato, che quindi dovrà essere valutata dall'autorità amministrativa. Come anticipato, il giudizio disciplinato dall'art. 21 bis è diretto ad accertare se il silenzio violi l'obbligo dell'autorità amministrativa di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato; " compito del giudice amministrativo è pertanto quello di accertare se il silenzio della P.A. sia o non sia illegittimo e, in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare alla medesima di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nella eventualità di ulteriore inerzia, un commissario all'uopo; lo stesso giudice non può mai sostituirsi egli stesso all'amministrazione nell'adozione del chiesto provvedimento, neppure quando la potestà affidata alla parte pubblica abbia natura vincolata " <sup>39</sup>.

Dunque, la pronuncia è limitata al solo riconoscimento del dovere di provvedere in capo all'amministrazione, lasciando alla

---

<sup>38</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 103.



successiva fase dell'ottemperanza il compito di precisare criteri e modalità di adempimento dell'obbligo stesso, in quanto è al giudice dell'ottemperanza che il sistema attribuisce una piena giurisdizione di merito, che gli consente di assumere su di sé tutti i poteri della P.A.<sup>40</sup>.

#### **b) in caso di annullamento di un atto a contenuto positivo**

L'esecuzione in via amministrativa di una sentenza di annullamento di un provvedimento a contenuto positivo consta di " tutti gli atti necessari per conformare lo stato di fatto e di diritto che esisteva prima della emanazione del provvedimento annullato " <sup>41</sup>. Tutte le volte in cui per l'effettiva riparazione della lesione del cittadino si richieda, oltre all'annullamento dell'atto, anche un'attività materiale di ripristino dello stato di fatto precedente all'emanazione dell'atto illegittimo, l'amministrazione è tenuta a porre in essere l'attività necessaria. In questo caso, del resto, un'attività della P.A., finalizzata a rimuovere gli effetti materiali prodotti dall'esecuzione del

---

<sup>39</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., 9 gennaio 2002, n.1.

<sup>40</sup> Tar Lombardia, sez.II, 31 luglio 2001, n.5325.

<sup>41</sup> O. Ranelletti, *cit.*, Milano, 1951, 76.

provvedimento annullato, appare doverosa poiché l'effetto costitutivo non è in grado, da solo, di assicurare l'adeguamento dello stato di fatto all'accertamento effettuato dal giudice nella pronuncia. La sentenza, infatti, rimuove il provvedimento con efficacia retroattiva, " per cui la pubblica amministrazione deve rimuovere tutte le conseguenze del provvedimento lesivo, in modo che il ricorrente non abbia a ricevere alcun pregiudizio per il periodo in cui esso ha esplicato la sua efficacia " <sup>42</sup>.

Se è stato annullato un provvedimento già eseguito, l'autorità amministrativa dovrà provvedere all'eliminazione degli effetti pratici prodotti dall'esecuzione dell'atto stesso <sup>43</sup>; ad esempio, annullato il decreto di espropriazione, si dovrà provvedere alla restituzione del bene espropriato. L'esecuzione amministrativa serve, dunque, ad attuare nella realtà materiale l'annullamento dell'atto.

Ciò che rende necessario l'intervento ripristinatorio è l'avvenuta esecuzione materiale del provvedimento: se, infatti, il provvedimento, pur emanato, non avesse trovato pratica esecuzione, una volta che esso

---

<sup>42</sup> R. Villata, *cit.*, Milano, 1971, 546.

<sup>43</sup> L'annullamento dell'atto priva di legittimazione le situazioni di fatto che in esso trovano fondamento: di conseguenza, l'effetto giuridico dell'annullamento incide sulla situazione di fatto, imponendo la rimozione delle situazioni non più giustificabili alla luce della nuova situazione di diritto. C. E. Gallo, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, Milano, 1980, III, 109.

sia stato annullato non vi sarebbe alcuna attività necessaria di ripristino <sup>44</sup>.

Qual è la sorte poi degli atti consequenziali a quello annullato dal giudice amministrativo? Alcuni autori ritengono che l'annullamento si trasmetta automaticamente a questi atti, che risulterebbero colpiti non soltanto da un effetto " invalidante ", ma addirittura da un effetto " caducante " <sup>45</sup>. La sentenza travolgerebbe cioè ipso iure, con l'atto fatto oggetto di impugnazione, gli atti consequenziali in questione, senza farli oggetto di apposita statuizione caducatoria .

A sostegno di questa tesi, si fa notare come l'atto consequenziale, per effetto dell'annullamento del presupposto, divenga illegittimo *ab origine*; ma questa caducazione automatica è possibile solo quando è " intenso il nesso tra i due atti " <sup>46</sup>. Il Sandulli, invece, ritiene che l'estensione dell'effetto caducatorio a tali atti consequenziali potrà essere prodotta solo da ulteriori interventi dell'autorità amministrativa, non condividendo la tesi che " atti non

---

<sup>44</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 110.

<sup>45</sup> A. M. Sandulli, *cit.*, Padova, 1982, 21.

<sup>46</sup> V. Cerulli Irelli, *cit.*, Torino, 1997, 563.

nulli, non caducati nè dal giudice né dall'amministrazione , vengano meno *ex se* " <sup>47</sup>.

La sentenza di annullamento del giudice amministrativo produce, oltre all'effetto di eliminazione dell'atto, l'effetto di preclusione in ordine all'esercizio ulteriore del potere mediante i vizi riscontrati dal giudice stesso. Si intuisce il perché sia esclusa la ripetizione dell'atto con gli stessi vizi: il giudizio di legittimità sarebbe inutile se, nonostante l'annullamento, l'atto potesse essere riprodotto così com'era al momento dell'impugnazione. L'effetto preclusivo, è bene ricordare, è un effetto distinto da quello di annullamento in quanto quest'ultimo elimina semplicemente l'atto, e " riguarda la relazione fra sentenza ed azione amministrativa pregressa, non fra sentenza e azione futura. Che l'amministrazione non deve ripetere gli stessi vizi non deriva dall'effetto di annullamento " <sup>48</sup>. All'effetto di annullamento, inoltre, basta un solo motivo fondato, in quanto l'annullamento non è diverso se pronunciato per uno solo o più vizi; la preclusione, invece, si verifica su un punto solo o più punti, a seconda che un solo vizio o più vizi siano affermati. " E la domanda circa il perché l'effetto di preclusione dovrebbe essere prodotto in relazione ad un solo vizio, cioè ad un solo motivo, quando altri vizi sono stati

---

<sup>47</sup> A. M. Sandulli, *cit.*, Padova, 1982, 21.

denunciati e, in ipotesi, sussistono, è una domanda che non trova risposta " <sup>49</sup>.

In seguito all'annullamento di un atto a contenuto positivo, dunque, l'amministrazione può dar corso, in linea teorica, " a tutto il ventaglio delle soluzioni che possono essere astrattamente concepite per regolare la fattispecie concreta, ad eccezione di quella che il giudice amministrativo ha espressamente ritenuta illegittima nel corso del primo processo " <sup>50</sup>.

Si è già detto che l'annullamento dell'atto per vizi formali ha effetti preclusivi ridotti rispetto all'ipotesi in cui i motivi alla base della rimozione siano di tipo sostanziale; i primi, infatti, non determinano una preclusione all'emanazione di un nuovo provvedimento di identico contenuto tutte le volte in cui sia possibile l'eliminazione dell'invalidità formale in sede di rinnovazione del provvedimento stesso. E l'annullamento dell'atto per un vizio formale può ugualmente essere soddisfacente per il ricorrente, precludendo all'amministrazione la rinnovazione del provvedimento, ogni volta che il potere della P.A. sia stato soggetto ad un termine perentorio <sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> E. Capaccioli, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 28.

<sup>49</sup> E. Capaccioli, *cit.*, Milano, 1977, 29.

<sup>50</sup> M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 56.

<sup>51</sup> A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1998, 259.

Se, nell'altra ipotesi, il provvedimento viene annullato per motivi sostanziali, e salvo che nel frattempo non siano intervenuti mutamenti di fatto e di diritto, l'amministrazione vedrà il proprio potere di rinnovazione necessariamente limitato (in caso di attività discrezionale) o altrimenti precluso (in presenza di attività vincolata) dall'attività giurisdizionale di accertamento.

La possibilità che si verifichi una preclusione in capo all'amministrazione circa l'adozione di un nuovo provvedimento di contenuto identico al quello annullato richiede, comunque, che i motivi del ricorso vengano tutti esaminati nel corso del giudizio, dovendosi evitare, per questa ragione, la prassi dell'assorbimento dei motivi che, consentendo che " accertata la fondatezza di un singolo motivo, l'annullamento possa discenderne con assorbimento degli altri " <sup>52</sup>, impedisce la formazione di effetti preclusivi a garanzia del ricorrente. Esiste in tal senso un preciso interesse del privato ad un'indagine a tutto campo dell'illegittimità dell'atto impugnato, visto che dai vizi accertati dipende il vincolo della sentenza sul futuro comportamento della pubblica amministrazione.

Un problema di grande interesse è quello che riguarda i vizi riguardanti la motivazione: la rimozione del provvedimento in ragione

---

<sup>52</sup> B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 84.

di una motivazione insufficiente, contraddittoria, o per di più inesistente preclude all'amministrazione la reiterazione dell'atto medesimo? Per rispondere correttamente è necessario verificare la correlazione della motivazione con i fatti giustificativi della motivazione. Se, infatti, l'atto, sebbene annullato per vizio di motivazione, si reggeva su saldi presupposti sostanziali, non si dovrebbe vietare alla P.A. di emanare un provvedimento di identico contenuto, ma sorretto da diversa motivazione; nel caso, invece, in cui siano deboli anche gli elementi a base dell'atto, non si potrà reiterare il provvedimento <sup>53</sup>.

#### **I.4 L'attività di esecuzione e le sopravvenienze di fatto e di diritto**

Un ostacolo alla realizzazione piena degli effetti ripristinatori e conformativi della sentenza può essere rappresentato dal sopravvenire di nuovi fatti o di nuove disposizioni normative che vengono a costituire un limite alla piena attuazione pratica della pronuncia del giudice. Le sopravvenienze di fatto e di diritto, infatti, possono a volte

---

<sup>53</sup> R. Villata, *cit.*, Milano, 1971, 607.

ostacolare l'esecuzione-ripristino della sentenza oppure incidere sulla successiva attività amministrativa di rinnovazione dell'atto annullato. Con riguardo, ad esempio, all'attività di ripristino a seguito della pronuncia del giudice, le sopravvenienze possono impedire " per la forza stessa del fatto, la puntuale retroattività degli effetti della pronuncia giurisdizionale " <sup>54</sup>.

E' evidente, allora, che il trascorrere di un certo periodo di tempo può determinare l'irreversibilità delle conseguenze prodotte dall'atto illegittimo: basti pensare al caso del ricorrente vincitore che non riesca ad ottenere la reintegrazione nell'incarico di un membro di controllo a causa della soppressione dell'organo stesso disposta da sopravvenute disposizioni normative o all'ipotesi in cui la riparazione materiale conseguente all'annullamento non appaia possibile in ragione della irreparabilità della lesione inferta dal provvedimento eseguito <sup>55</sup> (ad esempio, in caso di annullamento di un ordine di demolizione già portato a d esecuzione dalla P.A.). In tutti questi casi, cioè " quando l'atto abbia esaurito tutte le conseguenze materiali cui poteva dar luogo " <sup>56</sup>, è chiaro che l'esecuzione della sentenza è

---

<sup>54</sup> Cons. Stato, sez. IV, 18 Maggio 1984, n.344.

<sup>55</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 123.

<sup>56</sup> A. M. Sandulli, *cit.*, Napoli, 1963, 416.



impraticabile e la sola via da percorrere, qualora ne ricorrano i presupposti, è rappresentata dall'azione di risarcimento.

Ma le sopravvenienze di fatto e di diritto rilevano anche quando l'amministrazione adotta ulteriori provvedimenti, costituendo un elemento di discontinuità tra la pronuncia e la successiva attività amministrativa. Se si muove dal carattere continuo e irrinunciabile della funzione amministrativa, si dovrebbe ritenere che l'amministrazione che provvede per la seconda volta, in seguito alla sentenza di annullamento, sia tenuta a considerare le sopravvenienze di fatto e di diritto intercorse tra l'emanazione dell'atto ed il momento del nuovo provvedere e ad adottare un atto che, a prescindere dai vincoli imposti dalla sentenza, rispetti tali mutamenti normativi e di fatto: ciò risponde, infatti, " alla necessità di dare prevalenza all'interesse pubblico così come canonizzato dalla disciplina giuridica sopravvenuta " <sup>57</sup>.

Allo stesso tempo, però, è stato osservato che la decisione di accordare preferenza allo *ius superveniens* porta di fatto ad una compressione del principio secondo cui " la domanda giudiziale deve ricevere soddisfazione come se non vi fosse distacco temporale fra

---

<sup>57</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 125.

domanda, pronuncia giudiziale e attuazione di questa " <sup>58</sup>, con conseguente frustrazione delle aspettative di tutela del ricorrente nonostante il giudice abbia riconosciuto le sue ragioni.

Il problema in ordine al ruolo delle sopravvenienze di diritto ha dato origine a vari orientamenti sia in dottrina sia in giurisprudenza. Secondo alcuni, non vi sarebbe un'inconciliabilità assoluta tra normativa sopravvenuta e principio di effettività della tutela <sup>59</sup>; altra dottrina, invece, partendo dal carattere retroattivo della sentenza di annullamento, ritiene che l'amministrazione sarebbe tenuta a provvedere *ora per allora* <sup>60</sup>. Se, infatti, l'annullamento è retroattivo e se la P.A. deve provvedere *ora per allora*, " la retrodatazione dell'attività rinnovatoria impone che sia applicata la disciplina vigente al momento della proposizione del ricorso " <sup>61</sup>. La rinnovazione del provvedimento dovrebbe cioè essere operata " con riferimento alla situazione esistente al momento di emanazione del provvedimento annullato " <sup>62</sup>, perché il rispetto della disciplina sopravvenuta attribuirebbe alla stessa un'efficacia retroattiva che l'ordinamento esclude.

---

<sup>58</sup> M. Nigro, *cit.*, Bologna, 1994, 306.

<sup>59</sup> F. Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, Milano, 1995, 277.

<sup>60</sup> A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 441.

<sup>61</sup> C.E. Gallo, *cit.*, Milano, 1980, 109.

<sup>62</sup> C.E. Gallo, *cit.*, Milano, 1980, 111.

Quest'ultima argomentazione, idonea a garantire l'utilità della sentenza nel suo effetto di vincolo sul successivo provvedimento, appare peraltro ignorare parzialmente le esigenze di tutela dell'interesse pubblico che sono sottese alla sopravvenienza e che sempre costituiscono il fine dell'azione amministrativa: del resto, l'efficacia retroattiva dell'annullamento non può concernere che il potere amministrativo esercitato, senza poter fissare il quadro normativo entro cui si deve svolgere il nuovo esercizio del potere <sup>63</sup>.

Interessante al riguardo una decisione del Consiglio di Stato <sup>64</sup> in cui si ribadisce che in sede di esecuzione del giudicato di annullamento occorre tenere conto delle sopravvenienze di fatto e di diritto avvenute prima della notificazione della sentenza da eseguire. Il riconoscimento operato con sentenza di un diritto a prestazioni di carattere periodico che si ripetono nel tempo, afferma il Consiglio di Stato, non può che essere *rebus sic stantibus*, destinato ad operare finché non muti la situazione di fatto e di diritto. E, invero, le statuizioni del giudicato possono essere ritenute insensibili alle sopravvenienze, solo ove riconoscano diritti puntuali, suscettibili di un'unica attuazione in relazione ai quali è possibile, per il giudicante,

---

<sup>63</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 129.

<sup>64</sup> Cons. Stato, sez. IV, 20 Gennaio 1998, n.39.

individuare - continua il Consiglio - la normativa vigente e lo stato di fatto esistente al momento del riconoscimento del diritto medesimo.

Diverso è, invece, il caso in cui vengano affermati nella sentenza diritti a prestazioni di carattere periodico: in tale ipotesi la pronuncia del giudice può solo riconoscere il diritto periodico " allo stato ", vale a dire alla luce del quadro normativo e fattuale vigente, ma non può anche attribuire un diritto " futuro " affermandone l'insensibilità a qualsivoglia modifica di fatto e diritto, e precludendo la possibilità di modifiche normative. Le situazioni soggettive durevoli nel tempo, pertanto, restano soggette, malgrado il giudicato che si sia formato in ordine ad esse e per il periodo successivo alla formazione del medesimo, allo *ius superveniens*.

La prevalenza della normativa sopravvenuta, comunque, quando non nasconde tentativi di elusione della portata della sentenza, appare giustificata, come detto, dall'esigenza di assicurare in ogni momento la soddisfazione dell'interesse pubblico assegnato alla cura dell'amministrazione. Le stesse ipotesi in cui si suole riconoscere l'ammissibilità di provvedimenti *ora per allora* si ricollegano a fattispecie in cui l'adozione dell'atto secondo la situazione di fatto e di diritto " di allora " consente non solo una reintegrazione della situazione giuridica del privato, ma appare anche non inconciliabile

con l'interesse pubblico canonizzato nello *ius superveniens*<sup>65</sup>. In tal senso, la tutela dell'interesse pubblico appare al contempo condizione e limite per una prevalenza dello *ius superveniens* sulla posizione di aspettativa del privato ricorrente.

### **I.5 Cenni all'esecuzione delle misure cautelari**

E' opportuno rivolgere un breve cenno anche alla fase cautelare del giudizio, in quanto la legge di riforma n. 205 del 2000 ha innovato la materia per quanto riguarda l'esecuzione delle misure cautelari adottate dal giudice.

Queste ultime vengono adottate dal giudice su richiesta del ricorrente: poiché la proposizione del ricorso giurisdizionale non sospende di per sé l'efficacia del provvedimento impugnato e poiché dalla produzione degli effetti di tale provvedimento, nel corso del giudizio, potrebbero derivare danni gravi e irreparabili, il ricorrente può richiedere appunto al giudice una misura cautelare, che assicuri interinalmente gli effetti dell'accoglimento del ricorso.

---

<sup>65</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 131.

La misura cautelare, originariamente, aveva la funzione di conservazione della situazione preesistente, poi ha iniziato ad assumere, per le materie di competenza esclusiva, la funzione anticipatoria della decisione di merito, " di guisa che la tutela cautelare si è trasformata da misura originariamente inibitoria in misura di tutela sommaria di realizzazione anticipata degli effetti della sentenza definitiva " <sup>66</sup>.

La fase cautelare termina con un'ordinanza che ha un'efficacia provvisoria in attesa che il giudizio venga definito nel merito con la sentenza, che sarà emessa a conclusione del processo. Di conseguenza, la definizione nel merito del giudizio comporterà l'automatica caducazione degli effetti dell'ordinanza cautelare emessa, nonché degli effetti di eventuali provvedimenti che la P.A. abbia adottato in esecuzione dell'ordinanza stessa. L'efficacia di tali provvedimenti cessa automaticamente con il deposito della sentenza di merito <sup>67</sup>.

Qual è il contenuto dei poteri cautelari del giudice amministrativo ? La legge di riforma che ha novellato l'art. 21 della legge sui TAR ha stabilito che il giudice può assumere le misure che ritiene " più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della

---

<sup>66</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 321.

decisione sul ricorso " . La misura cautelare classica del giudizio amministrativo (che si adotta in sede di giurisdizione di legittimità) è la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, che ha come fine quello di conservare immutata la situazione esistente fino al termine del giudizio, impedendo che possano essere prodotti ulteriori effetti ovvero adottati atti consequenziali <sup>68</sup>; in sede di giurisdizione esclusiva, invece, il giudice può emettere anche un'ordinanza-ingiunzione di pagamento di somme di danaro.

Ma in sede di giurisdizione di legittimità si possono emettere misure ordinatorie? Bisogna innanzitutto tener presente che in questa sede il giudice è giudice dell'atto e non del rapporto, sicché l'eventuale esercizio di una potestà ordinatoria può ritenersi ammissibile solo nei casi in cui sia necessario per rendere concretamente operante, in modo pieno, il provvedimento giudiziale che si va ad adottare: può cioè ritenersi ammissibile solo nei limiti della strumentalità attuatoria <sup>69</sup>. Due sono state le risposte alla domanda di cui sopra: secondo la prima, il giudice amministrativo nella fase cautelare del processo di legittimità avrebbe gli stessi poteri che ha in sede di giurisdizione di merito, e quindi potrebbe ordinare alla P.A. l'adozione di tutti i

---

<sup>67</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 Marzo 1999, n.249.

<sup>68</sup> Cons. Stato, sez. V, 15 Maggio 2000, n. 2721.

<sup>69</sup> S. Giacchetti, *cit.*, Milano, 1997, 503.

provvedimenti e di tutti i comportamenti ritenuti necessari per soddisfare l'interesse del ricorrente <sup>70</sup>. Altra risposta è quella secondo la quale il giudice amministrativo nella suddetta fase cautelare non avrebbe gli stessi poteri che ha in sede di merito e, quindi, potrebbe ordinare alla P.A. un *facere* solo a condizione che esso sia una conseguenza immediata della sospensione e sia compatibile con la natura interinale della misura cautelare <sup>71</sup>. Quest'ultima è la tesi più accreditata <sup>72</sup>, in quanto, a differenza del procedimento sommario ex art. 700 c.p.c., la sospensione cautelare del provvedimento impugnato è un " incidente del merito del ricorso " e costituisce un accoglimento anticipato, limitato, risolubile e provvisorio del ricorso stesso. Dunque, il giudice in sede di ordinanza cautelare non può dare, in via anticipata, limitata, risolubile e provvisoria niente di più di quanto potrebbe dare in via definitiva, piena e immutabile <sup>73</sup>.

La sospensione cautelare, inoltre, non annulla il provvedimento impugnato, ma ne sospende soltanto l'efficacia. Di conseguenza, ordinare in sede cautelare l'adozione di un atto diverso comporta che, nel caso in cui poi la sentenza definitiva respinga il ricorso, " possa

---

<sup>70</sup> G. Caruso, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei TAR*, Milano, 1994, 2285.

<sup>71</sup> C.G.A., 18 Maggio 1994, n. 358.

<sup>72</sup> S. Giacchetti, *cit.*, Milano, 1997, 505.



aversi alla fine del processo la contemporanea esistenza di due atti di segno opposto ed entrambi efficaci, con gravi conseguenze di ordine pratico " <sup>74</sup>.

La legge n. 205 del 2000 ha dettato otto nuovi commi in materia di processo cautelare, attribuendo anche al giudice di tale fase gli stessi poteri del giudice di ottemperanza. La parte interessata, infatti, può chiedere, con istanza motivata notificata alle altre parti, che il TAR impartisca " le opportune disposizioni attuative "; più precisamente, il giudice amministrativo, esercitando i poteri di cui all'art. 27 n.4 del t.u. del 1924, " dispone l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, indicandone le modalità e, ove occorra, il soggetto che deve provvedere ", in quanto l'esecuzione dell'ordinanza cautelare costituisce un obbligo per la P.A., che ha il dovere inderogabile di adeguare al dispositivo dell'ordinanza la situazione di fatto e di diritto <sup>75</sup>.

Queste imprecisate modalità potranno comprendere le più varie disposizioni impositive di ogni utile comportamento, quindi anche tramite la nomina di un commissario *ad acta*; d'altra parte il richiamo puro e semplice dei poteri ex art. 27 n.4 del t.u. del 1924 sta a

---

<sup>73</sup> Non è pensabile che, in via d'urgenza, si consegna al ricorrente un risultato che non può consolidarsi con la sentenza favorevole e che, quindi, non possa essere mantenuto con la sentenza di merito. E. Follieri, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, Milano, 1989, 647.

significare " che il giudice cautelare reinterpellato esercita i poteri propri della giurisdizione di merito " <sup>76</sup>.

Anche per le ordinanze cautelari si pongono gli stessi limiti che emergono per l'ottemperanza delle sentenze di primo grado, e cioè gli stessi problemi connessi alla valenza precaria dell'attività ottemperativa posta in essere, spontaneamente o in seguito a questo rimedio, a fronte di una pronuncia quanto mai precaria in quanto legata all'esito dell'eventuale appello oggi formalmente ammesso contro le ordinanze cautelari sia a quello dello stesso giudizio di merito nel corso del quale è stata emessa.

---

<sup>74</sup> S. Giacchetti, *cit.*, Milano, 1997, 506.

<sup>75</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 327.

<sup>76</sup> N. Saitta, *Evoluzione o crisi del giudizio di ottemperanza*, Roma, 2001, 300.

## **CAPITOLO II**

### **L'inadempimento da parte della P.A. soccombente**

#### **II.1 *Quid iuris* in caso di mancata esecuzione delle sentenze di primo grado? Un raffronto con la disciplina prevista in ambito civilistico**

L'autorità amministrativa, è stato detto, ha il dovere di portare ad esecuzione la sentenza del giudice amministrativo. Oltre al caso della spontanea esecuzione da parte della P.A., però, ben può verificarsi il caso in cui la stessa resti inadempiente, lasciando quindi inosservata la decisione giurisdizionale.

Ma in quali casi si può parlare di inadempimento da parte dell'amministrazione soccombente?

A fronte di una pronuncia di annullamento di un atto amministrativo che non sia autoesecutiva, si possono configurare tre possibili condotte amministrative in contrasto con la pronuncia del giudice e con l'obbligo di conformarvisi: una prima in cui l'amministrazione si rifiuta di eseguire la sentenza adottando un provvedimento esplicito di rifiuto; una seconda in cui emana uno o più

provvedimenti totalmente o parzialmente in contrasto con la sentenza; infine, una terza condotta in base alla quale la P.A. rimane inerte, nonostante l'obbligo di eseguire in via amministrativa la sentenza <sup>1</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, che ha esteso al giudice i poteri conferitigli in sede di ottemperanza anche per le sentenze di primo grado non passate in giudicato, come poteva tutelarsi il cittadino vittorioso in caso di inadempimento della P.A. soccombente? Poiché non era ancora previsto un rimedio diretto, il privato aveva a sua disposizione una serie di " rimedi in via indiretta ".

Nei primi due casi sopra enunciati, il rimedio non poteva non essere l'azione ordinaria di annullamento, al fine di porre nel nulla gli atti comunque adottati in contrasto con la sentenza. Nel terzo caso, quello di inerzia dell'autorità amministrativa, il cittadino poteva proporre l'azione volta a far accertare l'illegittimità del silenzio della P.A. davanti al giudice amministrativo.

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione dichiarava di non volere (o comunque di non poter) eseguire le statuizioni del giudice, si poteva configurare una fattispecie di impugnazione del provvedimento esplicito di rifiuto da parte del ricorrente vittorioso al fine di ottenerne

---

<sup>1</sup> B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova,

la rimozione <sup>2</sup>; si dubitava, comunque, che il ricorso per l'annullamento del rifiuto esplicito di eseguire la sentenza potesse considerarsi un rimedio alla mancata attuazione in via amministrativa della sentenza, in quanto la pronuncia sul nuovo ricorso non avrebbe avuto maggior forza giuridica della prima, ma soltanto un valore morale e politico <sup>3</sup>. In effetti, la sentenza che accoglieva il ricorso non avrebbe portato alcuna utilità pratica al cittadino, perché la riparazione della lesione subita dall'atto impugnato nel primo giudizio necessitava pur sempre di un'azione amministrativa. In termini concreti, con l'esperimento del nuovo ricorso, il ricorrente non avrebbe " fatto un passo avanti per la realizzazione della sua pretesa " <sup>4</sup>.

Nella seconda ipotesi, il ricorso ordinario di legittimità poteva essere esperito contro i provvedimenti adottati dalla P.A. in contrasto con quanto disposto dalla sentenza <sup>5</sup>: potevano essere suscettibili di impugnazione sia gli atti emanati in esecuzione del provvedimento annullato, sia quelli che violavano le statuizioni del giudice.

" Qualsiasi nuovo atto dell'amministrazione, che sia in contrasto con la

---

2000, 149.

<sup>2</sup> Una volta proposto il ricorso, peraltro, " il giudice riconoscerà l'illegittimità del comportamento, ma non potrà che confermare sostanzialmente la sua prima decisione ". E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 440.

<sup>3</sup> F. Cammeo, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della GPA*, Milano, 1937, 75.

<sup>4</sup> E. Guicciardi, *cit.*, Padova, 1957, 440.

statuizione contenuta nella sentenza esecutiva o che trovi fondamento o giustificazione o che si basi sul presupposto dell'esistenza di un atto annullato con la medesima sentenza ovvero dia ulteriore seguito ai provvedimenti eliminati dal mondo giuridico con l'annullamento disposto da sentenza esecutiva è affetta da antigiridicità derivata " <sup>6</sup>, in quanto si integrava la violazione dell'obbligo della P.A. di conformarsi alla pronuncia giurisdizionale.

In tutti i casi in cui la via del giudizio di ottemperanza risultava impraticabile a causa del mancato passaggio in giudicato della sentenza , la strada da percorrere per colpire l'attività amministrativa svolta a dispetto della decisione esecutiva era quella del ricorso ordinario di legittimità. Ma il suo esito non era di per sé sufficiente a garantire la necessaria utilità della prima sentenza. La nuova pronuncia favorevole al ricorrente privato, infatti, riportava P.A. e cittadino al momento della prima sentenza e riconsegnava " nuovamente all'amministrazione la decisione relativa alla traduzione nella realtà materiale della prima sentenza di accoglimento del ricorso " <sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> La disponibilità in capo al ricorrente di tale azione di annullamento è ricordata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 406 del 1998, di cui si dirà in seguito.

<sup>6</sup> Corte Cost., 12 Dicembre 1998, n. 406.

<sup>7</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 152.

La scarsa utilità del ricorso di annullamento era del tutto evidente: la sentenza conclusiva del secondo giudizio, pur se favorevole al ricorrente, riproponeva il medesimo problema e, a fronte di un'amministrazione decisa a non osservare la decisione del giudice, appariva incapace di raggiungere lo scopo <sup>8</sup>.

Se, invece, l'amministrazione rimaneva inerte, la tutela del privato non poteva poggiare sulla tipica azione impugnatoria, non essendovi alcun provvedimento da contestare con il ricorso di annullamento. Per questa ragione, si era ritenuto che, qualora in seguito alla sentenza esecutiva la P.A. fosse rimasta inerte, la mancata esecuzione della sentenza ad opera dell'amministrazione non avrebbe potuto essere in alcun modo contestata dal cittadino <sup>9</sup>.

La costruzione giurisprudenziale del *silenzio inadempimento* e la conseguente creazione di un'azione dichiarativa volta ad accertarne l'illegittimità, da proporsi innanzi al giudice amministrativo, ha consentito di ricavare una possibile protezione giurisdizionale del privato che prescinde dalla presenza di un atto autoritativo e dalla conseguente struttura impugnatoria del processo, permettendo al cittadino di opporsi all'inerzia della P.A. La figura del *silenzio inadempimento*, allora, può rilevare nelle ipotesi in cui

---

<sup>8</sup> E. Guicciardi, *cit.*, Padova, 1957, 440.

l'amministrazione, invece di eseguire la sentenza, rimane inerte, poiché permette al ricorrente vittorioso in primo grado di sottoporre al giudice la fattispecie omissiva attraverso cui si concreta la violazione del dovere di esecuzione della pronuncia <sup>10</sup>.

Ma anche con questo secondo giudizio, il ricorrente, pur se vittorioso, non avrebbe visto ugualmente soddisfatta la sua pretesa all'esecuzione, perché rimaneva fermo il limite costituito dalla ridotta forza incisiva della nuova sentenza, incapace di realizzare essa stessa il risultato pratico cui tendeva la domanda <sup>11</sup>.

Un possibile rimedio all'inadempimento dell'autorità amministrativa soccombente è stato da sempre indicato nel potere di intervento degli organi di controllo, riguardo alle amministrazioni diverse da quelle statali, e dei superiori gerarchici nell'amministrazione statale: in caso di inerzia degli amministratori nel dare attuazione alle sentenze, spetterebbe a tali organi il compito di sostituirsi ai funzionari inadempienti nell'adozione degli atti necessari per l'esecuzione delle pronunce <sup>12</sup>. Peraltro, pur muovendo dall'idea

---

<sup>9</sup> E. Guicciardi, *cit.*, Padova, 1957, 441.

<sup>10</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 155.

<sup>11</sup> Ovviamente fino all'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000.

<sup>12</sup> E. Guicciardi, *cit.*, Padova, 1957, 292.

" Il potere di supremazia gerarchica e quello di tutela e vigilanza riescono talora a facilitare l'esecuzione, in quanto di fronte all'inerzia o al rifiuto di esecuzione dell'organo inferiore, quello superiore o quello investito della sorveglianza, con opportuni ordini di servizi o



che l'intervento sostitutivo di un'altra autorità amministrativa potesse essere un rimedio efficace quanto a capacità di raggiungere lo scopo, appariva difficile considerarlo " misura coercitiva avente carattere giuridico in confronto del cittadino terzo " <sup>13</sup> che si avvantaggiava dell'esecuzione della sentenza. Inoltre, tale potere sostitutivo nelle ipotesi di mancata esecuzione delle sentenze non era (e non è) attribuita specificamente con norma legislativa <sup>14</sup>.

Questo studio si preoccuperà successivamente di analizzare l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che ha portato all'elaborazione dell'utilizzazione del giudizio di ottemperanza anche per le sentenze non passate in giudicato; intanto, è utile chiedersi quale sia la disciplina prevista dal legislatore circa l'esecuzione delle sentenze civili.

Mentre il processo di cognizione vuol conseguire la formulazione concreta della regola di diritto, ossia l'accertamento dell'esistenza del diritto, l'attività giurisdizionale esecutiva vuol conseguire l'attuazione pratica e materiale di questa regola, in via

---

con la facoltà di sostituzione possono provvedere essi all'osservanza del giudicato ". F. Cammeo, *cit.*, Milano, 1937, 75.

<sup>13</sup> F. Cammeo, *cit.*, Milano, 1937, 75.

<sup>14</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 165.

coattiva o forzata, ossia attraverso l'impiego effettivo o potenziale della forza, da parte dell'ordinamento <sup>15</sup>.

Questa esigenza si esprime in un principio fondamentale che ispira la disciplina del processo in generale nella sua funzione unitaria comprendente cognizione ed esecuzione: quello secondo cui il processo deve far conseguire al creditore (colui che ha visto accertato il suo diritto) " tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire " <sup>16</sup>.

Ciò significa che l'attività esecutiva deve attuare il diritto nella sua identità specifica: tale fine è espresso anche nelle norme del codice civile (artt. 2930, 2931 e 2933) che enunciano la generica esigenza di attuare, nelle forme previste dal codice di procedura, la tutela in forma specifica, in quanto possibile <sup>17</sup>. E' chiaro, però, che questa possibilità può talvolta mancare; dunque, quando la soddisfazione specifica non è possibile, l'ordinamento " non può far altro che reagire trasformando il diritto sostanziale nella sua essenza, e cioè rendendolo più generico; tanto più generico quanto è necessario perché lo si possa eseguire coattivamente (...), fino a quel massimo

---

<sup>15</sup> C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2002, 11.

<sup>16</sup> G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 41.

<sup>17</sup> F. Giorgianni, *Tutela del creditore e tutela reale*, Milano, 1975, 855.

limite di genericità e fungibilità che è offerto dal denaro " <sup>18</sup>. Tutto ciò è in relazione con l'art. 2740 c.c., secondo il quale ognuno risponde delle sue obbligazioni con l'intero suo patrimonio, che ha una funzione di garanzia per quelle responsabilità <sup>19</sup>.

In base alla circostanza che il diritto sia stato accertato come eseguibile nella sua specificità oppure come eseguibile nella forma generica che consegue alla sua eventuale trasformazione in credito di danaro, si distinguono i vari tipi di processo esecutivo. Quelli che realizzano l'esecuzione in forma specifica sono *l'esecuzione forzata per consegna di cose mobili o rilascio di immobili*, attraverso la quale il creditore può conseguire la disponibilità materiale di una determinata cosa mobile o immobile (art. 2930) nonché *l'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare*, attraverso la quale il creditore può conseguire la medesima specifica prestazione di fare o la eliminazione di quanto fatto in violazione dell'obbligo di non fare (artt. 2931 e 2933) <sup>20</sup>. Oltre a questi due tipi di esecuzione in forma specifica, il codice disciplina anche l'esecuzione in forma generica o *esecuzione per espropriazione*.

---

<sup>18</sup> C. Mandrioli, *cit.*, Torino, 2002, 19.

<sup>19</sup> A. Bonsignori, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990, 11.

<sup>20</sup> C. Mandrioli, *cit.*, Torino, 2002, 21.

Le sentenze di condanna costituiscono il fondamento per un processo esecutivo <sup>21</sup>. Alla luce della riforma del 1990, cui si è fatto cenno nel primo capitolo, l'efficacia esecutiva è attribuita alle sentenze anche prima e indipendentemente dal loro passaggio in giudicato (art. 282 c.p.c.); si è dunque eliminato dal sistema l'istituto dell'esecutorietà per effetto di una pronuncia accessoria inserita nella sentenza di primo grado (c.d. clausola di provvisoria esecuzione). L'esecutorietà della sentenza può essere sottratta da un provvedimento del giudice, oltre che per esplicita pattuizione tra le parti. Con riguardo alle sentenze di primo grado, la legge prevede più precisamente la sospensione in tutto o in parte dell'esecutorietà (o addirittura dell'esecutività, qualora fosse iniziata). Il nuovo testo dell'art. 283 c.p.c attribuisce questo potere al giudice dell'appello, qualora la relativa istanza sia stata proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale ed in quanto ricorrano gravi motivi (c.d. inibitoria).

Agli effetti dell'efficacia esecutiva, l'ordinamento può accontentarsi di un livello di certezza inferiore a quello massimo conseguibile con il giudicato, ma tuttavia sufficiente per fondare su di esso l'efficacia esecutiva della sentenza <sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> G. Monteleone, *Condanna e titoli esecutivi*, Milano, 1990, 1075.

## **II.2 Giudizio di ottemperanza: il giudicato amministrativo**

L'esame del giudicato amministrativo e dei suoi limiti oggettivi e soggettivi implica l'approfondimento di complesse tematiche, proprie del diritto amministrativo, che non possono essere risolte sulla sola base dei principi del diritto processuale civile.

Ciò si spiega perché, a differenza delle controversie decise dal giudice civile, il processo amministrativo di legittimità ha per oggetto un provvedimento amministrativo, il quale, sotto il profilo sostanziale, produce effetti che (come avviene di regola) possono anche riguardare una pluralità di destinatari, che ne siano avvantaggiati o svantaggiati; sotto il profilo procedimentale, può essere seguito da un ulteriore provvedimento, nell'ambito o del medesimo procedimento (si pensi ai rapporti tra l'impugnato atto di esclusione da una gara d'appalto e il successivo provvedimento di aggiudicazione all'impresa vincitrice) o di un procedimento ulteriore e collegato, che trovi il suo necessario presupposto in quello precedente (si pensi ai rapporti tra l'impugnato provvedimento di scioglimento di un consiglio comunale e i successivi provvedimenti di indizione dei comizi elettorali e di proclamazione degli eletti, al termine delle relative operazioni).

---

<sup>22</sup> C. Mandrioli, *cit.*, I, Torino, 2002, 32.

Pertanto, di volta in volta deve verificarsi se siano compatibili con le esigenze del processo amministrativo (e col diritto amministrativo sostanziale) i principi del diritto processuale civile sul c.d. giudicato formale e sul c.d. giudicato sostanziale.

L'art. 324 del codice di procedura civile definisce la " cosa giudicata formale " e dispone che " si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395 ".

Dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali <sup>23</sup>, è ormai pacifico che, in quanto compatibile, l'art. 324 c.p.c. rileva anche per le sentenze dei giudici amministrativi: il giudicato formale della sentenza del giudice amministrativo (che, prima della riforma del processo amministrativo, consentiva di esperire l'azione prevista dall'art. 27 n. 4 del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054) si forma quando è decorso il termine per appellare la sentenza del TAR, ovvero per proporre il ricorso in Cassazione avverso la decisione del Consiglio di Stato.

Anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, buona parte della giurisprudenza riteneva che, affinché una decisione

---

<sup>23</sup> Nel periodo anteriore alla riforma avutasi con la legge n.1034 del 1971, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si era divisa sulla necessità del giudicato formale per la proponibilità del giudizio di ottemperanza.

del Consiglio di Stato potesse essere eseguita ai sensi dell'art. 27 n. 4 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, fosse necessaria la formazione del giudicato, nel senso che, avverso di essa, non potesse essere più esperibile il ricorso per motivi di giurisdizione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: non era sufficiente che la decisione, ancorché di ultimo grado, fosse esecutiva, ma doveva esservi il giudicato formale, in quanto la relativa azione presupponeva il massimo grado di certezza.

Effettive analogie tra il giudicato civile e quello amministrativo sussistono quando la sentenza del giudice amministrativo abbia giudicato controversie riguardanti diritti soggettivi. Si applicano, in tal caso, l'art. 2953 del codice civile (sugli "effetti del giudicato sulle prescrizioni brevi" e sulla prescrizione decennale dell'*actio iudicati*) e l'art. 2909 del codice civile (sulla "cosa giudicata", e per il quale "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa")<sup>24</sup>.

Per queste controversie, può richiamarsi la regola per la quale "il giudicato copre il dedotto ed il deducibile", nel senso che, ad esempio, la statuizione del giudice sull'accertamento del diritto di percepire una somma o sulla relativa condanna non può essere più

---

<sup>24</sup> F. Benvenuti, *Giudicato (dir. Amm.)*, Milano, 1969, 893.

posta in discussione: se l'Amministrazione non ha eccepito la prescrizione del diritto nel corso del giudizio di cognizione, sia pure con l'atto di appello avverso la sfavorevole sentenza del TAR <sup>25</sup>, l'eccezione non può essere sollevata per la prima volta nel corso del giudizio di esecuzione del giudicato.

Quando la sentenza è resa nell'ambito della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, si pongono questioni non paragonabili a quelle proprie del processo civile. " Il processo amministrativo presenta angolazioni del tutto proprie " <sup>26</sup>, il che rileva per quanto riguarda sia gli aspetti *soggettivi* del giudicato che quelli *oggettivi*.

Circa i c.d. limiti soggettivi del giudicato, vanno distinte le questioni processuali (sulla legittimazione attiva nel giudizio di ottemperanza) da quelle sostanziali. Sotto il profilo processuale, la legittimazione attiva spetta solo ai soggetti vincitori del precedente giudizio di cognizione <sup>27</sup> (ovvero ai loro eredi o aventi causa): non può invece ammettersi che il giudizio d'ottemperanza possa essere proposto da chi, sia pure leso da un provvedimento, sia rimasto inerte avverso di esso.

---

<sup>25</sup> Cons. St., sez. V, 2 marzo 1999, n.222.

<sup>26</sup> V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 760.

<sup>27</sup> A. M.Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1516.



Sotto il profilo sostanziale, invece, la sentenza di annullamento (di un atto che non abbia un destinatario determinato) opera *erga omnes*, perché il provvedimento non esiste più: quando il giudicato di annullamento riguarda un atto inscindibile ed una pluralità di soggetti, anche il non ricorrente può avvalersi della relativa sentenza nelle sedi proprie (anche se non può esperire il giudizio di ottemperanza). Si pensi al caso in cui un provvedimento di localizzazione di un'opera pubblica (ovvero un atto dichiarativo della pubblica utilità dell'opera, il decreto di esproprio o di occupazione d'urgenza dell'area) sia annullato dal giudice amministrativo, su ricorso di uno dei soggetti lesi (o di una associazione ambientalista): la sentenza di annullamento giova anche a quei cointeressati che non hanno proposto il ricorso, poiché è rimosso il provvedimento che ha prodotto la lesione anche alla loro sfera giuridica <sup>28</sup>.

In altri termini, sul piano sostanziale, la sentenza di annullamento di un atto inscindibile o avente per oggetto un determinato bene, quando è lesivo nei confronti di più persone, rileva nei confronti di tutte.

Nei confronti di coloro che non hanno proposto ricorso, restano però fermi gli effetti dei provvedimenti applicativi già emessi

---

<sup>28</sup> Cons. St., sez. IV, 10 aprile 1963, n.240.

dall'Amministrazione prima dell'annullamento della norma generale o dell'atto generale <sup>29</sup>: il loro vizio (di illegittimità derivata dall'atto normativo o generale) può dare luogo all'annullamento, purché essi siano stati ritualmente impugnati (salvo il potere dell'Amministrazione di rimuoverli in sede di autotutela).

Viceversa, anche sotto il profilo sostanziale, solo il ricorrente può giovare della sentenza di annullamento quando il provvedimento annullato abbia natura di atto plurimo (divisibile o scindibile) <sup>30</sup>. Ciò avviene quando un solo atto disponga l'esclusione di più candidati da un concorso o di più imprese da una gara d'appalto, ovvero l'inquadramento di più dipendenti in una certa qualifica funzionale: la sentenza di annullamento (anche se essa non lo precisa) giova solo al ricorrente.

Va infine precisato che l'obbligo di dare esecuzione al giudicato riguarda l'Amministrazione soccombente, ovvero quella cui la legge (statale o regionale) abbia trasferito *medio tempore* la competenza nella materia: in tal caso, in presenza dei relativi presupposti, il giudizio di ottemperanza può essere proposto nei confronti

---

<sup>29</sup> Cons. St., sez. IV, 23 ottobre 1998, n.1376.

<sup>30</sup> P. Virga, *Diritto Amministrativo - Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 413.

dell'Amministrazione oramai divenuta competente, da qualificare come legittimata passiva <sup>31</sup>.

Quando il giudicato di annullamento riguarda il solo ricorrente, in linea di principio l'Amministrazione è titolare del potere discrezionale di estendere gli effetti del giudicato a tutti coloro che versano in situazione identica a quella del ricorrente vittorioso <sup>32</sup>.

Se l'Amministrazione non estende gli effetti del giudicato, non è configurabile alcun silenzio rifiuto o inadempimento <sup>33</sup>.

In dottrina ed in giurisprudenza, si afferma pacificamente che gli effetti della sentenza di annullamento, su cui si forma il giudicato, vanno determinati sulla base del *petitum* e della *causa petendi*: gli atti annullati sono quelli specificamente individuati nel dispositivo o nella motivazione della sentenza, ovvero (se tale individuazione manchi) quelli impugnati e affetti dai vizi accertati.

---

<sup>31</sup> Cons. St., sez. V, 10 settembre 1998, n.1313.

<sup>32</sup> Cons. St., sez. VI, 29 settembre 1998, n.1317.

<sup>33</sup> Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 1978, n.1093.

### **II.3 Distinzione tra violazione del giudicato ed elusione del giudicato**

All'inizio di questo capitolo sono state esaminate le possibili forme di inadempimento della P.A. e la serie di rimedi esperibili in via indiretta da parte del cittadino che non veda realizzata la sua pretesa riconosciuta in una sentenza di primo grado.

Dopo aver qualificato il giudicato amministrativo, che fino alla riforma del 2000 era un presupposto necessario del giudizio di ottemperanza, si cercherà di far luce sulla distinzione emersa negli anni tra violazione ed elusione del giudicato. Ad avviso di un cospicuo orientamento giurisprudenziale, infatti, non ad ogni ipotesi di inesatta ottemperanza del giudicato da parte dell'amministrazione fa riscontro l'esperibilità del ricorso previsto dall'art. 27 n.4, del t.u. del Consiglio di Stato<sup>34</sup>.

La giurisprudenza amministrativa è profondamente divisa sul regime di impugnabilità degli atti posti in essere dalla P.A. soccombente dopo una precedente sentenza di annullamento. Secondo l'orientamento prevalente, occorre dunque distinguere tra l'ipotesi in cui tali atti risultino preliminari, parziali o comunque *elusivi* del

---

<sup>34</sup> P.M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, 13.

giudicato e l'ipotesi in cui l'interessato si dolga che il nuovo provvedimento *viol*i il giudicato favorevole nei suoi confronti <sup>35</sup>. Nel primo caso è aperta la strada al giudizio di ottemperanza <sup>36</sup>, nel secondo deve proporsi un nuovo ricorso di legittimità <sup>37</sup>.

Tale impostazione non viene, tuttavia, condivisa dagli studiosi del diritto amministrativo: infatti, se si fa riferimento alle intenzioni " della persona che ha emanato il provvedimento, al fine di qualificarlo elusivo, non solo si finisce nelle sabbie mobili di una ricerca circa la volontà reale del soggetto inadempiente, ma soprattutto si dà importanza ad un elemento psichico, viceversa irrilevante: ove si intenda per elusivo l'atto che, confrontato con la sentenza, risulti confliggere con i suoi limiti obiettivi, non pare che sussista più alcuna differenza con l'atto emesso in violazione del giudicato " <sup>38</sup>.

In caso di inadempimento totale o parziale del giudicato, in senso negativo (omissione di comportamenti dovuti) e positivo (adozione di provvedimenti elusivi del giudicato) è indubbio che sia utilmente esperibile il giudizio di ottemperanza <sup>39</sup>; ma ad analoga conclusione deve pervenirsi anche nel caso di provvedimenti che

---

<sup>35</sup> R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, Milano, 1989, 381.

<sup>36</sup> Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 1982, n.41.

<sup>37</sup> Cons. St., sez. IV, 13 luglio 1982, n. 463.

<sup>38</sup> R. Villata, *cit.*, Milano, 1989, 381.

<sup>39</sup> S. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1979, I, 2628.

violino direttamente il giudicato, secondo l'orientamento minoritario al momento. Una volta stabilito, infatti, dal legislatore che l'amministrazione ha l'obbligo di conformarsi al giudicato, è evidente che compito del giudice in sede di giudizio di ottemperanza non è di accertare se l'amministrazione abbia o meno emanato un provvedimento, ma semplicemente di accertare se abbia o meno ottemperato.

Come non ritenere allora che l'adozione di un provvedimento che violi il giudicato non rientri nel giudizio di ottemperanza? E in base a quale criterio si può invece ritenere che in esso rientri il solo provvedimento elusivo?

Secondo alcuni autori, tale incongruenza è sufficientemente dimostrata dal fatto che " se, in ipotesi, l'amministrazione continuasse dopo ogni annullamento, ad adottare ulteriori provvedimenti in violazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato, per il ricorrente vittorioso si aprirebbe un processo all'infinito, un classico circolo vizioso in cui finirebbe col trovarsi sempre allo stesso punto, senza mai poter utilmente esperire il giudizio di ottemperanza e quindi senza mai riuscire a soddisfare la pretesa riconosciuta fondata dal giudice: senza mai riuscire ad ottenere giustizia " <sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> S. Giacchetti, *cit.*, Milano, 1979, 2629.

Secondo il Virga, una volta ritenuto che l'oggetto del giudizio di ottemperanza sia l'accertamento dell'inadempienza dell'amministrazione e l'assunzione delle misure idonee a porvi rimedio, svolgendo concretamente gli effetti della sentenza, è coerente che l'annullamento degli atti che, poiché non conformi al giudicato, debbono ritenersi concretamente un inadempimento, vada considerato nel quadro di tali misure e venga configurato come un modo per dare attuazione alla sentenza. Di conseguenza, non è necessaria una specifica richiesta, non occorre cioè impugnare quegli atti mediante apposito ricorso, in sede di giurisdizione di legittimità <sup>41</sup>.

Dunque, per questa parte della dottrina, presupposto del giudizio di ottemperanza non è più solo l'inerzia, il *non agere* dell'amministrazione di fronte ad una sentenza che comporta l'obbligo di effettuare certe attività, ma anche il compimento di atti contrastanti con ciò che in adempimento di quell'obbligo avrebbe dovuto essere effettuato.

L'area dell'elusione è molto ampia e rappresenta " una zona di confine - come tale assai delicata e opinabile - fra ottemperanza e inottemperanza " <sup>42</sup>. Spesso si ricorre a tale concetto per il non dichiarato fine di ampliare i casi in cui è ammissibile il giudizio di

---

<sup>41</sup> L. Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, Milano, 1990, 230.

ottemperanza: in questa prospettiva, elusivo potrebbe essere sia l'atto che , pur prestando formale ossequio alla pronuncia del giudice, abbia un carattere meramente preparatorio e quindi, per ciò stesso, non soddisfacente <sup>43</sup>, sia il provvedimento finale che riproduca l'atto annullato reiterandone i vizi, o altrimenti si ponga in contrasto con la sentenza <sup>44</sup>. Attraverso una tale operazione, peraltro, si finisce per dilatare eccessivamente il concetto di provvedimento elusivo, fino a " confondere l'elusione con la più ampia categoria dell'ottemperanza, e si giunge quindi a perdere di vista il connotato proprio e peculiare del comportamento elusivo " <sup>45</sup>.

In altre sentenze emerge, invece, l'accezione più specifica e tecnica dell'atto elusivo, che si caratterizzerebbe per essere una sorta di espediente, in cui si compendia la discrasia fra quanto appare dal tenore formale dell'atto e la volontà effettiva che in esso si estrinseca ed è rivolta alla vanificazione della sentenza favorevole al ricorrente <sup>46</sup>. Se questa è, a grandi linee, una definizione generica ma non imprecisa di elusività, " permangono al riguardo profondi dubbi

---

<sup>42</sup> P.M. Vipiana, *cit.*, Milano, 1990, 383.

<sup>43</sup> Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 1980, n.2.

<sup>44</sup> TAR Campania, Napoli, 31 marzo 1983, n.311.

<sup>45</sup> P.M. Vipiana, *cit.*, Milano, 1990, 384.

<sup>46</sup> Cons. St., sez. V, 1° luglio 1977, n.692; TAR Emilia-Romagna, Bologna, 3 gennaio 1985, n.1.



insoluti, resi evidenti anche dal fatto che quello elusivo è forse il più subdolo e ambiguo fra i comportamenti di inottemperanza " <sup>47</sup>.

Sicuramente può qualificarsi molto vaga la linea di confine fra l'atto definibile come elusivo e quello che tale non è. Ad esempio, a quanto sembra, non elude il giudicato l'autorità amministrativa che, in sede di rinnovazione dell'attività successiva all'annullamento statuito dal giudice, emani ordini istruttori <sup>48</sup> o disponga l'acquisizione di documenti; non costituisce, altresì, elusione del giudicato il fatto che l'amministrazione, dopo aver eseguito correttamente la sentenza, abbia adottato un provvedimento analogo a quello annullato in considerazione di un mutato stato di fatto <sup>49</sup>.

Viceversa, probabilmente si comporta in modo elusivo l'autorità che reitera l'atto annullato, adducendo la mancanza di un documento, mai prima richiesto, suscettibile di dimostrare una qualità in precedenza mai contestata <sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> M.P. Vipiana, *cit.*, Milano, 1990, 385.

<sup>48</sup> " La decisione di annullamento di un diniego di riconoscimento di dipendenza di causa di servizio di un'infermità contratta da un pubblico dipendente non può sostituire, in conseguenza della sua natura di provvedimento giurisdizionale, gli atti di accertamento tecnici di competenza esclusiva dell'Amministrazione né i provvedimenti conclusivi da adottarsi a seguito degli accertamenti stessi; pertanto non costituisce elusione del giudicato, con conseguente infondatezza del ricorso per ottemperanza proposto, l'invito rivolto dall'Amministrazione al Collegio medico-legale di compiere i necessari esami al fine di accertare la dipendenza da causa di servizio della malattia sofferta dall'interessato, fornendo adeguata motivazione per dare esatta esecuzione al giudicato ". Cons. St., sez. V, 16 giugno 1986, n. 297.

<sup>49</sup> Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 1982, n.643.

<sup>50</sup> TAR Abruzzo, L'Aquila, 3 novembre 1984, n. 573.

In conclusione, si può dunque affermare che la soluzione più corretta (e che comunque sta emergendo in dottrina) è quella che ritiene percorribile la via del giudizio di ottemperanza anche quando l'autorità amministrativa emetta provvedimenti in violazione del giudicato, poiché ogni comportamento che non costituisce attuazione puntuale della sentenza è inadempimento sanzionabile con il ricorso in questione <sup>51</sup>; in altri termini, " il ricorso ex art. 27 n.4 è lo strumento processuale predisposto dalla vigente legislazione per assicurare che la P.A. ponga in essere non un'attività purchessia, sibbene l'attuazione puntuale del giudicato " <sup>52</sup>.

Secondo tale orientamento occorre naturalmente che l'atto risulti effettivamente in contrasto con la precedente pronuncia e non già illegittimo per un motivo diverso, estraneo alle statuizioni contenute nel giudicato. Non sarebbe quindi condivisibile l'affermazione secondo la quale dopo il giudicato amministrativo residuerebbe ormai spazio soltanto per un'attività di esecuzione della decisione <sup>53</sup> o che l'obbligo di conformarsi si risolverebbe nell'obbligo di agire legittimamente in quanto gli atti illegittimi concreterebbero per ciò

---

<sup>51</sup> F. Piga, *Giudizio di ottemperanza e violazione del giudicato*, Milano, 1981, 243.

<sup>52</sup> R. Villata, *cit.*, Milano, 1989, 386.

<sup>53</sup> In tal senso, invece, A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, Milano, 1987, 1646.

solo l'inottemperanza <sup>54</sup>: dunque vi potrebbero essere atti illegittimi che non costituiscono inottemperanza, soggetti al normale regime di impugnazione, e non al ricorso ex art. 27 n. 4.

Quindi ai fini dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza rileva non il tipo di comportamento dell'autorità amministrativa (inerzia, elusione, violazione del giudicato), ma " la circostanza che l'interessato deduca l'inosservanza di una statuizione della sentenza " <sup>55</sup>.

#### **II.4 L'elaborazione giurisprudenziale in ordine ad un rimedio contro la non esecuzione delle sentenze di primo grado**

Prima dell'intervento del legislatore a favore dell'estensione del giudizio di ottemperanza anche per le sentenze di primo grado, la giurisprudenza negava che a fronte della mancata esecuzione di una pronuncia amministrativa non immutabile il cittadino potesse avvalersi del rimedio ex art. 27 n. 4, in quanto la sua esperibilità

---

<sup>54</sup> In tal senso, invece, F. Francario, *Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, Milano, 1985, 748.

<sup>55</sup> R. Villata, *cit.*, Milano, 1989, 387.

doveva essere subordinata " al massimo grado di certezza, raggiungibile solo con il giudicato " <sup>56</sup>.

Un primo dato rilevante in tal senso era rappresentato dalla lettera della legge: l'articolo 37 della legge istitutiva dei TAR, nell'individuazione del tribunale amministrativo competente a pronunciarsi sull'ottemperanza della P.A. al " giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria " (comma primo) ed al " giudicato degli organi di giustizia amministrativa " (comma secondo), sembrava necessariamente richiedere il carattere immutabile della decisione soggetta ad ottemperanza dell'art. 27 n.4 del 1924 <sup>57</sup>.

Più volte si era cercato di argomentare che il legislatore avrebbe potuto intendere adoperare la nozione di giudicato in modo atecnico <sup>58</sup>. La tesi era comunque apparsa poco convincente: " se il legislatore non avesse voluto agganciare il giudizio di ottemperanza al passaggio in giudicato formale della pronuncia, avrebbe diversificato l'ambito di applicazione dell'istituto previsto dall'art. 27 n.4 a seconda

---

<sup>56</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 1979, n.12.

<sup>57</sup> Tra le argomentazioni addotte in contrario dalla dottrina favorevole all'applicazione dell'art. 27 n. 4 anche alle decisioni non passate in giudicato, talune facevano riferimento al dato testuale, altre si soffermavano sull'incongruenza della soluzione opposta. In particolare, si riteneva significativo l'uso del termine *esecuzione* in luogo del termine *esecutività* nell'art. 33, per indicare comportamenti positivi ottemperativi della P.A. Si riteneva, inoltre, che "non attribuire alla funzione della sentenza e quindi alla sua forza l'ineluttabile necessità dell'ottemperanza significherebbe ridurre veramente la sentenza ad una mera esercitazione logica rinnegando la sua origine e il suo carattere che fanno di essa un momento della autorità". E.M. Barbieri, *Sull'esecutività della sentenza amministrativa di primo grado*, Milano, 1976, 2912.

della natura civile o amministrativa della sentenza " <sup>59</sup>. Invece, l'identica formulazione del primo e del terzo comma dell'articolo 37 sopra citato non poteva che confermare l'intento di riservare uno stesso trattamento alla sentenza civile (il cui requisito del passaggio in giudicato non è mai stato oggetto di discussione) e a quella amministrativa, accomunandole sotto il profilo del necessario carattere stabilizzato della statuizione in esse contenuta.

Inoltre, ragioni di ordine sistematico erano da sempre addotte allo scopo di comprovare l'inapplicabilità del giudizio di ottemperanza alle pronunce non passate in giudicato: natura e portata dei poteri del giudice dell'ottemperanza <sup>60</sup>, in considerazione della loro incisività sull'esercizio del potere amministrativo, ne avevano suggerito l'ancoraggio a decisioni stabili e irreversibili; si era rivelato infatti che, diversamente, la giurisdizione di merito che si esprimeva nel giudizio di ottemperanza sarebbe venuta " a radicarsi quando è ancora aperta la giurisdizione di legittimità " <sup>61</sup>, cosicché in relazione alla stessa vicenda sostanziale sarebbero sussistite " contemporaneamente un

---

<sup>58</sup> A. R. Tassone, *Giudizio di ottemperanza e sentenze dei TAR*, Milano, 1975, II, 188.

<sup>59</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 193.

<sup>60</sup> A. M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, Padova, 1989, 42.

<sup>61</sup> F. Migliarese, *Esecutività delle sentenze dei TAR e giudizio di ottemperanza*, Milano, 1985, 125.

divieto e una possibilità di ingerenza dell'organo giurisdizionale nelle linee dell'azione amministrativa " <sup>62</sup>.

Le ragioni esposte, dunque, portavano a ritenere che non era priva di fondamento l'esclusione dell'applicazione dell'art. 27 n. 4 t.u. del Consiglio di Stato alle sentenze non passate in giudicato. In un certo senso, la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza finiva quasi per apparire una misura sovradimensionata ed eccessiva rispetto all'obiettivo cui il legislatore del 1971 aveva mirato con la previsione dell'esecutività della sentenza di primo grado. L'unica garanzia del cittadino sembrava essere costituita dagli strumenti di coazione indiretta (già esaminati) comunque di inefficace impiego, poiché un'esecuzione garantita da poteri sostitutivi e ordinatori del giudice estesi al merito rimaneva possibile (prima della riforma del 2000) solo a fronte di una sentenza immutabile del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato <sup>63</sup>.

Pertanto, se il dato normativo portava ad escludere l'esperimento del giudizio di ottemperanza alle sentenze di primo grado non definitive, non pareva che argomenti di ordine sistematico avrebbero dovuto portare ad escludere a priori la compatibilità di principio tra poteri esecutivi del giudice amministrativo, eventualmente anche

---

<sup>62</sup> F. Migliarese, *cit.*, Milano, 1985, 125.

estesi al merito, e carattere instabile della statuizione giudiziale da eseguire: tale ipotetica incompatibilità stava semplicemente in una valutazione politica del diritto che è stata ridiscussa con la legge n. 205 del 2000.

" Laddove la sentenza del giudice non sia di per se stessa sufficiente a garantire l'effettività della tutela dell'interesse fatto valere dal ricorrente, ovvero l'amministrazione ne rifiuti o eluda l'esecuzione, spetta al medesimo giudice che ha emesso la pronuncia assicurarne *medio tempore* l'esecuzione "; precisamente, " l'interessato non può che adire nuovamente il giudice di primo grado (ma non nelle forme del giudizio di ottemperanza) chiedendo l'emanazione di provvedimenti ritenuti idonei (e consentiti dal sistema) per assicurare l'esecuzione interinale della sentenza " <sup>64</sup>.

Con questa e altre pronunce dello stesso tenore <sup>65</sup>, la giurisprudenza amministrativa ha cercato, a partire dagli anni ottanta, di operare l'innesto nell'ordinamento di una nuova forma di tutela giurisdizionale del cittadino, dando luogo ad una vera e propria azione di esecuzione. L'intento palese di tale tentativo era di ricavare dal sistema giudiziale un rimedio volto a dare concretezza a quel precetto

---

<sup>63</sup> R. Villata, *cit.*, Milano, 1989, 369.

<sup>64</sup> TAR Lazio, 27 febbraio 1986, n. 252.

di esecutività della sentenza di primo grado che, enunciato nell'articolo 33 della legge n. 1034 del 1971, sarebbe altrimenti apparso incapace di operare tutte le volte che l'amministrazione avesse rifiutato di dare esecuzione ad una sentenza amministrativa non assistita dalla forza del giudicato.

Le argomentazioni poste a supporto dell'elaborazione dell'istituto da parte dei tribunali in esame muovevano, appunto, dal citato art.33; non avrebbe avuto senso - si diceva - affermare l'esecutività della pronuncia di primo grado e la sua sospendibilità da parte del solo Consiglio di Stato se non si fosse trovato anche il modo di assicurare in via giurisdizionale il compimento da parte della P.A. dell'attività di esecuzione <sup>66</sup>.

Se la sentenza era abilitata dalla legge a spiegare i suoi effetti nello spazio temporale intercorrente sino alla pronuncia d'appello, esercitando autorità piena e vincolante nei confronti della P.A. soccombente, quest'ultima aveva un obbligo di assicurare comunque " l'effettività della situazione giuridica del ricorrente come scolpita dalla pronuncia giudiziale " <sup>67</sup>, e allora non poteva non rinvenirsi anche uno strumento atto a garantirne l'osservanza. Di qui

---

<sup>65</sup> TAR Lazio, sez. I, 16 novembre 1987, n. 1723; TAR Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1984, n. 126.

<sup>66</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 213.



l'enucleazione dell'azione di esecuzione quale rimedio che, pur avendo un ambito e una portata distinti rispetto all'azione di ottemperanza vera e propria, sarebbe andata ad assicurare, per intervento diretto del giudice, l'attività di stretta esecuzione della pronuncia giudiziale <sup>68</sup>.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'attività di esecuzione amministrativa assicurabile dal giudice sulla base del carattere esecutivo della sentenza di primo grado avrebbe riguardato solo ciò che risultava implicato dalla decisione giudiziale <sup>69</sup>, mentre al contrario il giudice non avrebbe potuto in alcun modo intervenire per assicurare ciò che spettava all'amministrazione di fare dopo la sentenza in base a quanto accertato nella pronuncia del giudice medesimo.

In tal modo, si sarebbe infatti evitato il pericolo, precedentemente messo in luce dal Consiglio di Stato nella nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria 23 marzo 1979 n.12, di una sostituzione del giudice amministrativo alla pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri discrezionali: la determinazione del contenuto degli ulteriori provvedimenti, riservata all'amministrazione dalla pronuncia di merito, non sarebbe stata in alcun modo coperta

---

<sup>67</sup> TAR Lazio, n. 252 del 1986, *cit.*

<sup>68</sup> D. Arlini, *Si estende l'orientamento dei tribunali amministrativi circa l'esecuzione di sentenze non passate in giudicato*, Milano, 1988, 637.

dall'intervento del giudice, che si sarebbe limitato ad assicurare l'attività necessaria a rendere affettivo l'annullamento operato dalla sentenza <sup>70</sup>.

L'intervento surrogatorio operato attraverso l'azione di esecuzione avrebbe incontrato in sostanza il limite della discrezionalità: non vi sarebbero state, infatti, interferenze del giudiziario nell'azione amministrativa - pari a quelle rese possibili dal giudizio di ottemperanza - tutte le volte che la sostituzione miri al compimento di atti o attività in tutto predeterminate e vincolate dalla sentenza <sup>71</sup>.

L'azione di esecuzione, così come enucleata dalla giurisprudenza amministrativa esaminata, tendeva a conciliare esigenze divergenti <sup>72</sup>: a fronte dell'assenza di strumenti a garanzia dell'esecutività della sentenza di primo grado e tenendo conto degli inconvenienti propri dell'estremo opposto, che avrebbe visto

---

<sup>69</sup> P. Micozzi, *Intorno ad alcune recenti decisioni in tema di esecutività della sentenza amministrativa*, Milano, 1987, 163.

<sup>70</sup> TAR Lazio, sez. II, 31 marzo 1982, n. 386.

<sup>71</sup> TAR Lazio, n. 386 del 1982, *cit.* Tale azione si riteneva potesse essere esperita " quando la decisione del giudice amministrativo produce effetti caducatori (di annullamento o di modifica) di un provvedimento che aveva determinato innovazioni nelle situazioni giuridiche soggettive ", sicché l'amministrazione sarebbe stata tenuta " puramente e semplicemente, ad eseguire senza possibilità di scelta ". Un intervento del giudice sarebbe dunque stato possibile in presenza di " sentenze contenenti statuizioni che non determinano nell'amministrazione un potere di scelta, soprattutto sull'*an* e sul *quomodo* del comportamento attuativo ".

<sup>72</sup> V. Gasparini Casari, *Esecutività della sentenza amministrativa e giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 343.

l'applicazione del giudizio di ottemperanza a sentenze non definitive, la giurisprudenza aveva infatti cercato e individuato una terza via, che consentiva al giudice di garantire alla parte vittoriosa ciò che le spettava, in termini di esecuzione, in base all'accertamento giudiziale.

Nella ricostruzione che ne faceva la giurisprudenza, la tutela esecutiva poteva essere richiesta al tribunale amministrativo regionale " nelle forme ordinarie del giudizio di cognizione - non già nelle forme del giudizio di ottemperanza di cui all'art. 27 n. 4 t.u. n. 1054 del 1924 " - e in vista dell'emanazione " dei provvedimenti ritenuti idonei (e consentiti dal sistema) per assicurare l'esecuzione delle statuizioni giudiziali contenute nella pronuncia di primo grado " <sup>73</sup>.

Il primo dato che emerge dalle sentenze prese in esame è pertanto costituito dall'affermazione dell'inapplicabilità della procedura prevista dall'art. 27 n.4 del t.u. del Consiglio di Stato alle pronunce di primo grado: tale dato di partenza sembrava costituire in qualche modo una scelta obbligata per i tribunali che, così facendo, si conformavano all'orientamento negativo del Consiglio di Stato, espresso nella citata pronuncia del 1979 resa in adunanza plenaria, circa la possibilità di estendere il suddetto rimedio alle sentenze non

---

<sup>73</sup> TAR Friuli-Venezia Giulia, n. 126 del 1984, *cit.*

definitive. A ben vedere, peraltro, la fedeltà dei giudici di primo grado all'orientamento del Consiglio di Stato si fermava qui.

Se era vero, infatti, che i TAR negavano l'esperimento dell'azione prevista dall'art. 27 n.4 t.u. Cons. Stato e affermavano la natura ordinatoria del ricorso e del giudizio instaurati davanti al giudice per l'esecuzione della sentenza <sup>74</sup>, d'altro canto gli stessi giudici esercitavano poteri e adottavano provvedimenti giudiziali che apparivano di per sé inusuali ed estranei alla giurisdizione di legittimità. In più occasioni si era ammesso, infatti, che il tribunale amministrativo regionale ordinasse alla P.A. le misure necessarie che valessero " a conservare, nelle more della pronuncia di secondo grado, la situazione giuridica della ricorrente società come confermata dalla pronuncia giudiziale " <sup>75</sup>, per evitare che venisse irreversibilmente pregiudicata dall'inadempimento dell'amministrazione.

In quegli anni, era evidentemente difficile ricondurre questi poteri di esecuzione al giudizio ordinario di legittimità. E' stato, infatti, osservato, da parte di una giurisprudenza contraria, che il giudice di primo grado non era in alcun modo autorizzato dalla legge a " riaprire davanti a sé il giudizio di cognizione, essendosi già spogliato

---

<sup>74</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 218.

della controversia, di cui è investito il giudice d'appello ", né ad adottare, " in sede di giudizio ordinario di cognizione, provvedimenti sostitutivi o di nomina di un commissario *ad acta* " <sup>76</sup>.

D'altro canto, si rilevava che il riconoscimento di tali poteri fosse in realtà funzionale a garantire in concreto l'attuazione dell'annullamento retroattivo disposto dalla sentenza, al pari di quanto accadeva, ad esempio, in sede cautelare, dove si era riconosciuto al giudice " il potere di emanare i provvedimenti idonei e consentiti dal sistema per assicurare l'esecuzione della propria pronuncia " <sup>77</sup>. E del resto, se un'esecuzione poteva essere garantita a fronte di una trattazione sommaria della causa, come accadeva per le ordinanze cautelari, *a fortiori* i medesimi poteri avrebbero dovuto implicitamente spettare al giudice di primo grado per assicurare *medio tempore* l'esecuzione della sua pronuncia <sup>78</sup>.

Giustificata in tal modo la creazione di un'azione di esecuzione e scongiurato il pericolo di una interferenza del giudice nella discrezionalità dell'amministrazione, avendone confinato l'ambito di

---

<sup>75</sup> TAR Friuli-Venezia Giulia, n. 126 del 1984, *cit.*

<sup>76</sup> TAR Lazio, sez. I, 23 novembre 1989, n. 1705.

<sup>77</sup> Cons. St., Ad. Plen., 30 aprile 1982, n. 6.

<sup>78</sup> TAR Lazio, n. 252 del 1986, *cit.* Il collegio giungeva a questa conclusione dopo aver chiarito come nei giudizi impugnatori occorresse distinguere le ipotesi in cui la decisione di annullamento del provvedimento gravato producesse, *ex se*, l'immediata reintegrazione del diritto leso ovvero la rimozione dei limiti al suo esercizio senza che occorranza ulterio-

operatività alle operazioni e agli atti necessariamente implicati dalla sentenza, il rimedio enucleato sembrava " costituire una soluzione equilibrata al problema dell'esecutività della sentenza di primo grado " e non pareva " contrastare con i principi affermati nelle sentenze contrarie all'estensione del giudizio di ottemperanza " <sup>79</sup>.

Peraltro, sebbene l'istituto di creazione giurisprudenziale potesse essere considerato, pur limitatamente all'attività di stretta esecuzione della sentenza, una sorta di " irradiazione sistematica della generale suscettibilità d'esecuzione giurisprudenziale propria dei *dicta* imperativi del giudice amministrativo " <sup>80</sup>, lo stesso soffriva inevitabilmente del limite di non poggiare su dati normativi chiari ed espliciti, e ciò in parte spiegava la riluttanza da parte della giurisprudenza amministrativa nell'ammettere questo rimedio.

Un recente intervento del Consiglio di Stato <sup>81</sup> sembrò andare nella direzione già percorsa dalla giurisprudenza dei tribunali di primo grado, conferendo all'azione di esecuzione la funzione di strumento " naturale " per l'attuazione giudiziale delle sentenze di primo grado. Le argomentazioni proposte dal Consiglio di Stato si basavano sul noto problema della mancanza di coincidenza tra " ambiti di efficacia

---

ri provvedimenti attuativi in sede amministrativa, dalle altre in cui la decisione di annullamento legittimasse, invece, gli atti che la P.A. si determinasse ad adottare.

<sup>79</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 220.

del giudicato e dell'esecutività della decisione ". Mentre il giudicato giustificava l'attivazione di " poteri giudiziali definitivamente sostitutivi, anche nel merito, delle attribuzioni degli organi amministrativi ", l'esecutività non sarebbe valsa ad " estendere il potere del giudice al merito della vertenza ". L'esistenza di questa limitazione, tuttavia, non impediva di ritenere il giudice di primo grado competente ad adottare i provvedimenti necessari ad assicurare l'esecuzione interinale della sentenza, nei limiti in cui questa non interferisse con l'agire discrezionale dell'amministrazione.

A giudizio del Consiglio di Stato, infatti, la sentenza di primo grado non era affatto autoesecutiva, ma anzi implicava un *facere* da parte dell'amministrazione volto a rimuovere completamente la lesione del ricorrente. Non era dubitabile - affermò il supremo collegio - che l'esecutività della sentenza stessa dovesse ispirarsi al principio di effettività, desumibile dall'art. 24 della Costituzione: a tal fine, non sembrava sufficiente " fare esclusivo riferimento alla tipologia della sentenza, se autoesecutiva o meno " , quanto piuttosto occorreva " prendere in considerazione la pretesa sostanziale della parte vittoriosa a veder riconosciuto un favorevole assetto di interessi, sia pure in via interinale " , fino a che la decisione non fosse passata in

---

<sup>80</sup> TAR Piemonte, sez. II, 27 ottobre 1995, n. 569.

giudicato, ferma restando " la possibilità dell'amministrazione di evitare un tale obbligo, mediante la richiesta di sospensione al giudice d'appello " <sup>82</sup>.

Dunque, emerge chiaramente che l'originalità dell'azione di esecuzione era sottolineata dal rilievo delle differenze tra l'azione stessa e il giudizio di ottemperanza, che trovano una giustificazione nella distinzione tra esecuzione ed ottemperanza, di cui si dirà meglio nel capitolo successivo.

---

<sup>81</sup> Cons. St., sez. IV, 3 maggio 1999, n. 767.



## **II.5 La sentenza n. 406 del 1998 della Corte Costituzionale**

La sentenza presa in esame <sup>83</sup> affronta la questione della possibilità di utilizzare il giudizio di ottemperanza per assicurare l'esecuzione delle sentenze emesse in primo grado dal giudice amministrativo, ma non ancora passate in autorità di cosa giudicata.

A tale questione la giurisprudenza <sup>84</sup>, fino alla modifica introdotta con la legge n. 205 del 2000, ha dato risposta negativa, dato che l'estensione dello strumento del giudizio di ottemperanza alle sentenze di primo grado rimaste ineseuite trovava ostacolo insormontabile nel fatto che le sentenze di primo grado, quantunque esecutive, non costituiscono ancora giudicato. La forza di questa tesi riposa sul dato testuale che è ritenuto autorevolmente sufficiente di per sé " ove lo si coniughi con la considerazione che l'art. 33 è norma sostanziale (...) mentre l'art. 37 della legge istitutiva dei TAR è norma meramente processuale, perché disciplina l'esperimento di un rimedio giurisdizionale; la prima, dunque, non è idonea a costituire il presupposto di applicabilità della seconda " <sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Cons. St., ordinanza n.767/99, *cit.*

<sup>83</sup> Corte Cost., 16 dicembre 1998, n. 406.

<sup>84</sup> Cons. St., Ad. Plen., n. 12 del 1979, *cit.* Cons. St., Ad. Plen., 1° aprile 1980, n. 10.

<sup>85</sup> B. Graziosi, *Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado*, Milano, 1997, 452.

Il TAR Piemonte, il 22 gennaio 1997, rimetteva alla Corte la questione di legittimità costituzionale - sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione - delle norme che prevedono che i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle decisioni pronunciate dagli organi di giustizia amministrativa potessero essere proposti esclusivamente attraverso sentenze passate in giudicato e non anche con riferimento a sentenze di primo grado, esecutive *ipso jure* e non sospese dal giudice d'appello, ancorché non ancora passate in giudicato (artt. 37 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, e 27 n.4 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054). Sul piano della scelta espressa dal legislatore, la stessa poteva ritenersi censurabile (secondo il giudice *a quo*) alla luce della disparità di trattamento tra interessi oppositivi che quasi sempre, per loro natura, non necessitano di misure attuative concrete, essendo immediatamente garantiti dal provvedimento di annullamento, e interessi pretensivi, che pur sempre omogenei sul piano della tutela giurisdizionale, avrebbero potuto essere garantiti se non attraverso un comportamento ripristinatorio e conformativo derivato dalla sentenza del giudice amministrativo di primo grado.

L'orientamento negativo in ordine all'estensione del giudizio di ottemperanza, evidenziato nella stessa ordinanza di rimessione del

TAR Piemonte, sotto il profilo pratico dava spesso luogo a risultati inappaganti, resi ancora di più evidenti dal fatto che, secondo le statistiche di quegli anni, per ottenere una sentenza di primo grado occorreva attendere un periodo non inferiore ai 4-5 anni. Dopo questo periodo (che in alcuni casi poteva diventare più lungo) il ricorrente titolare dell'interesse illegittimamente leso si trovava, infatti, in mano una sentenza che gli dava formalmente ragione e che era dichiarata dalla legge immediatamente esecutiva, ma che (tranne i casi di sentenze autoesecutive) necessitava di un'attività di esecuzione, la quale, in mancanza di appositi rimedi, era rimessa alla buona volontà della P.A.

Fondando il proprio convincimento su almeno tre ordini di considerazioni, la Corte ha dichiarato non fondata la questione posta al suo esame.

Innanzitutto, sostiene la Corte che ogni ordinamento processuale si differenzia in virtù di scelte razionalmente assunte dal legislatore in considerazione " del tipo di configurazione del processo e delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, naturalmente a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela ".

In secondo luogo, i giudici costituzionali riconoscono la libertà del legislatore di " adottare particolari sistemi di esecuzione in via amministrativa delle sentenze dei giudici nei confronti delle P.A., quando queste non si conformino spontaneamente ".

Pertanto, considerato che appare quanto mai ragionevole porre come presupposto dell'azione di esecuzione coattiva di una sentenza

l'esistenza di una " cosa giudicata ", non è censurabile costituzionalmente - e, quindi, va osservata - la scelta del legislatore di aver previsto " una diversa soluzione legislativa per il processo amministrativo ".

Infine, la Corte ha provveduto a sottolineare che " la mancata adozione da parte dell'Amministrazione pubblica di provvedimenti che rinnovano e interrompono gli effetti persistenti e produttivi di ulteriori conseguenze giuridiche a seguito di atti annullati o comportamenti dichiarati illegittimi da sentenza esecutiva, ovvero il mancato conformarsi alle statuizioni della medesima sentenza esecutiva - ancorché non suscettibile di coazione in forma specifica attraverso il giudizio di ottemperanza - è un comportamento a rischio dell'amministrazione inadempiente e del funzionario responsabile, potendo ravvisarsi responsabilità nelle diverse forme, a seconda della sussistenza dei relativi presupposti, e nelle sedi competenti ".

E' stato merito della stessa sentenza aggiungere, tuttavia, che oltre a misure di coercizione diretta (giudizio di ottemperanza che però non risulta nella specie utilizzabile), esistevano anche forme di coercizione indiretta (la sospensione cautelare degli atti emessi in violazione della sentenza e denuncia alla Procura della Corte dei Conti per il possibile danno erariale che deriva dalla mancata esecuzione della sentenza), le quali potevano essere azionate al fine di evitare che il comando contenuto in una sentenza di primo grado venisse vanificato o disatteso dall'Amministrazione nelle more della decisione dell'appello.

Non a caso nella motivazione della sentenza della Corte viene richiamato l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria in materia di esecuzione delle ordinanze cautelari rimaste ineseguite. In analogia a tale indirizzo giurisprudenziale, pare di capire che il giudice, avanti al quale fosse stato impugnato un provvedimento che violasse o comunque eludesse una sentenza di primo grado, potesse similmente disporre in via cautelare tutti i provvedimenti idonei atti ad assicurare, nelle more del giudizio di appello, gli effetti della sentenza immediatamente esecutiva ma non ancora passata in autorità di giudicato. Era una soluzione questa che magari, sul piano pratico, poteva essere ritenuto non del tutto soddisfacente, soprattutto nel caso

in cui la sentenza di primo grado avesse annullato un silenzio rifiuto, un silenzio rigetto o in genere degli atti negativi. In tali ipotesi, infatti, si riteneva solitamente che il giudice non potesse sospendere il comportamento negativo o l'inerzia dell'autorità amministrativa.

Bisogna tuttavia considerare che i limiti che solitamente si ritengono esistenti per l'esercizio del potere cautelare (limiti che trovano fondamento soprattutto nel fatto che l'ordinanza cautelare viene emessa sulla base di una provvisoria e rivedibile valutazione del semplice *fumus boni juris*), non sembravano applicabili all'ipotesi di inesecuzione di una sentenza, per il semplice fatto che quest'ultima è stata emessa non già in via provvisoria e sulla base di una sommaria delibazione, ma in via definitiva e sulla base di una completa cognizione - in fatto e in diritto - della intera vicenda processuale.

In questo quadro normativo-giurisprudenziale è intervenuto l'art. 10 della legge n. 205 del 2000, che ha esteso anche alle sentenze di primo grado la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza.

## CAPITOLO III

### **L'attribuzione al giudice di primo grado di " poteri inerenti al giudizio di ottemperanza " ex art. 10 l. 205 del 2000**

#### **III.1 I poteri del giudice in sede di ottemperanza: la nomina del commissario *ad acta***

Si è più volte sottolineato come l'interessato possa esperire il giudizio di ottemperanza nell'ipotesi in cui l'autorità amministrativa non si sia conformata alla sentenza: la sua pretesa potrà considerarsi soddisfatta solo qualora all'interessato medesimo sarà attribuita quella utilità che la sentenza aveva riconosciuto come dovuta <sup>1</sup>.

Il giudizio di ottemperanza ha un duplice oggetto: in primo luogo si tratta di " accertare se si è verificato il fatto obiettivo della inottemperanza "; in secondo luogo, si tratta " di rendere effettivo, mediante l'esercizio di poteri sostitutivi, l'ordine di esecuzione contenuto nella sentenza " <sup>2</sup>. In tale giudizio viene esercitata una giurisdizione di merito, in quanto non solo vi è la cognizione dei

---

<sup>1</sup> Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2000, n. 2592.

<sup>2</sup> P. Virga, *Diritto amministrativo - Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 396.

diritti, ma al giudice amministrativo vengono riconosciuti anche poteri sostitutivi nei confronti della P.A. inadempiente <sup>3</sup>.

Il giudice dell'ottemperanza, dopo aver dunque accertato che la sentenza è rimasta totalmente o parzialmente ineseguita, ha la possibilità di adottare varie misure.

Innanzitutto, può intimare all'amministrazione di ottemperare entro un termine assegnato, con l'eventualità di sanzioni in caso di perdurante inottemperanza. La giurisprudenza <sup>4</sup> ha affermato che il termine sarebbe perentorio (e perciò il suo decorso precluderebbe all'autorità amministrativa l'esercizio legittimo del potere), e il Consiglio di Stato in una sua pronuncia ha ammesso la rilevanza del potere esercitato dalla P.A. dopo la scadenza del termine, concludendo che tale potere è utilmente esercitato se gli atti assunti hanno carattere satisfattorio, fatta salva, comunque, la conferma del contenuto di tali atti da parte del giudice.

L'intimazione a provvedere, sempre secondo il Consiglio di Stato, costituirebbe una " rimessione in termini " per l'Amministrazione inadempiente; una volta scaduto tale termine, si

---

<sup>3</sup> La giurisdizione di merito " rappresenta un *plus* rispetto a quella di legittimità, nel senso che, il tribunale amministrativo, oltre ai normali poteri della giurisdizione di legittimità, gode di poteri più ampi, potendo accertare, in maniera più ampia e penetrante, i fatti e potendo sostituirsi alla autorità amministrativa mediante la riforma del provvedimento impugnato ". P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 249.

<sup>4</sup> TAR Veneto, sez. I, 10 ottobre 1988, n.820.



avrebbe una estinzione del dovere di provvedere che grava sull'autorità amministrativa: " dopo la inutile scadenza del termine, il giudizio di ottemperanza (...) assume i contorni di una esecuzione forzata, nel cui ambito, quindi, l'oggetto del giudizio e della pronuncia si traduce, più che in una valutazione di atti (sotto l'aspetto dell'inadempimento in tutto o in parte o della elusione dei precetti del giudicato alla luce di una corretta riedizione del potere amministrativo), nella attuazione concreta del rapporto che si è instaurato tra ricorrente vittorioso e ed Amministrazione soccombente nei termini e nei limiti riconosciuti dal giudicato " <sup>5</sup>.

Per una parte della dottrina, tuttavia, l'intimazione a provvedere avrebbe un significato diverso: " l'intimazione sancisce un dovere di esecuzione già sussistente e l'inosservanza dell'intimazione espone l'autorità inadempiente a maggiori e più evidenti responsabilità e all'intervento dell'organo dotato di poteri sostitutivi " <sup>6</sup>. Dalla giurisprudenza, però, è stata accolta una logica diversa: alla scadenza del termine è ricondotta una preclusione a provvedere e la competenza " si intende trasferita " in modo esclusivo all'organo titolare della competenza sostitutiva: così la stessa si è espressa a proposito dei poteri sostitutivi della Regione rispetto al rilascio di concessioni

---

<sup>5</sup> Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n.41.

edilizie da parte del Sindaco <sup>7</sup>. E' evidente, dunque, che tale soluzione realizza una sua specifica utilità, in quanto " evita che l'autorità inadempiente pregiudichi, con propri atti elusivi o negativi, la pretesa del cittadino " <sup>8</sup>.

In secondo luogo, il giudice dell'ottemperanza può adottare misure repressive, consistenti nell'annullamento di quegli atti che contrastino col giudicato <sup>9</sup>.

Infine, egli ha anche la " facoltà " di nominare un commissario *ad acta* per compiere gli atti necessari al fine di conformarsi alle statuizioni della sentenza non ottemperata. Il giudice, in questo contesto, rivendica pienamente a sé il potere di effettuare anche valutazioni tipicamente discrezionali: dunque, nel giudizio di ottemperanza, " si realizzerebbe una piena fungibilità fra il potere dell'Amministrazione e il potere del giudice " <sup>10</sup>.

Nessuna disposizione prescrive al giudice amministrativo, nel caso in cui l'esecuzione di un giudicato richieda l'esercizio di un

---

<sup>6</sup> A. Travi, *Giudizio di ottemperanza e giurisdizione di merito*, Milano, 1995, 984.

<sup>7</sup> Cons. St., sez. V, 2 luglio 1993, n. 774.

<sup>8</sup> A. Travi, *cit.*, Milano, 1995, 984.

<sup>9</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 397.

<sup>10</sup> A. Travi, *cit.*, Milano, 1995, 981.

potere discrezionale, di avvalersi obbligatoriamente del commissario *ad acta* <sup>11</sup>.

Ma a questo punto è necessario domandarsi chi sia e quale natura abbia il commissario. Dottrina e giurisprudenza hanno avanzato tre possibili soluzioni: secondo la prima tra queste, il commissario è un organo straordinario dell'autorità amministrativa <sup>12</sup>; per la seconda soluzione, invece, egli è un organo del giudice <sup>13</sup>; infine, la terza soluzione si pone a metà strada tra la prima e la seconda, in quanto considera il commissario *ad acta* da una parte ausiliare del giudice, dall'altra organo straordinario della P.A.

Tale figura, secondo la maggior parte della dottrina, non può essere considerata organo straordinario dell'amministrazione: in primo luogo, il commissario *ad acta* non è sottoposto ad alcun potere di controllo o di direzione da parte dell'ente

---

<sup>11</sup> E' ben noto, d'altronde, che nessuna disposizione sul processo amministrativo menziona il commissario nel giudizio di ottemperanza. Il ricorso obbligatorio a tale figura nel caso di attività discrezionale era prospettato nel disegno di legge di delega per la riforma del processo amministrativo approvato dalla Camera nell'ottobre del 1989 e non approvato dal Senato nel 1990, in seguito alla fine anticipata della legislatura.

<sup>12</sup> F. Favara, *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, Milano, 1977, I, 492.

<sup>13</sup> M.Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, Milano, 1981, 1157, secondo il quale il commissario *ad acta* " non è un organo amministrativo, ma un ausiliare del giudice, i cui atti, in via di principio, all'ufficio giudiziario nel suo complesso e quindi sono atti non amministrativi ma latamente giurisdizionali ".

A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, Padova, 1982, 44, secondo cui il commissario *ad acta* è "un sostituto del giudice; e i provvedimenti da lui adottati, pur non assumendo il carattere di atti giurisdizionali, non possono non essere considerati tuttavia paragiurisdizionali o, se si preferisce, subgiurisdizionali".

sostituito; in secondo luogo, con la sua nomina si determina " l'esautoramento dell'amministrazione, con conseguente carenza assoluta di potestà di quest'ultima a provvedere all'esecuzione del giudicato " <sup>14</sup>.

Per quanto concerne, invece, la soluzione secondo la quale il commissario sarebbe un organo del giudice, si registrano orientamenti contrastanti: per alcuni, tale figura sarebbe a tutti gli effetti un organo ausiliare del giudice amministrativo <sup>15</sup>; per altri, al contrario, non sembra possa essere considerato organo del giudice non solo per la " impossibilità, sul piano sistematico, di configurare *praeter legem* una sorta di trasferimento di poteri giurisdizionali dal giudice al commissario " <sup>16</sup>, ma anche per " l'assorbente considerazione che il commissario - in realtà - non imputa al giudice un bel niente, in quanto assume in proprio, e sotto la sua esclusiva responsabilità, tutte le determinazioni del caso " <sup>17</sup>.

In giurisprudenza emerge, a sostegno della tesi del commissario quale organo ausiliario del giudice, una pronuncia <sup>18</sup> in cui si sostiene che gli atti posti in essere dal commissario stesso sono impugnabili

---

<sup>14</sup> S. Giacchetti, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, Milano, 1986, 1970.

<sup>15</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 399.

<sup>16</sup> Cons. reg. sic., 21 dicembre 1982, n. 92.

<sup>17</sup> S. Giacchetti, *cit.*, Milano, 1986, 1971.

<sup>18</sup> Cons. St., sez. IV, 20 maggio 1987, n.297.

unicamente nelle forme del giudizio di ottemperanza. L'attività svolta da tale figura, infatti, va ricondotta all'interno del procedimento che si svolge sotto la vigilanza del giudice.

" La natura giudiziaria e lo stretto legame al procedimento in cui è avvenuta la nomina impongono un controllo affidato allo stesso giudice dell'ottemperanza, in pratica un controllo *in prosecuzione* " <sup>19</sup>, a condizione però che si tratti di verificare se sia stato effettivamente adempiuto il giudicato, perché nel caso le doglianze sottoposte al giudice concernano questioni di tipo diverso, gli atti ricadranno sotto il regime normale dell'impugnazione di legittimità <sup>20</sup>.

Resta, infine, l'ultima ipotesi, a metà strada tra la prima e la seconda, che è stata sostenuta dal Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana <sup>21</sup>, secondo il quale il commissario, in quanto trae dalla nomina del giudice un'investitura finalizzata ad attuare l'adempimento dell'obbligo di conformarsi, è un ausiliare del giudice stesso; ma è altresì " organo straordinario dell'amministrazione in quanto inserito coattivamente nella struttura

---

<sup>19</sup> B. Sassani, *Il controllo del giudice dell'ottemperanza sull'attività del commissario ad acta*, Milano, 1988, 898.

<sup>20</sup> Cons. St., sez. V, 11 luglio 1995, n.259.

<sup>21</sup> Cons. reg. sic., n.92 del 1982, *cit.*

organizzativa di questa in sostituzione dei normali organi operativi " <sup>22</sup>.

Ci si chiede a questo punto se il commissario, nell'esercizio della propria attività <sup>23</sup>, disponga o meno di un potere discrezionale, e per dare una risposta a tale quesito è necessario affrontare prima il problema della qualificazione degli atti di " esecuzione " del giudicato e di quelli di " ottemperanza " dello stesso (tema che verrà comunque affrontato nel successivo paragrafo).

Può bastare, a tal proposito, la considerazione che " di norma la realizzazione concreta del giudicato amministrativo fa sorgere negli organi (ordinari e straordinari) dell'amministrazione, che devono provvedere alla sua realizzazione concreta, sia obblighi cogenti di comportamento sia (pur se marginali) facoltà di apprezzamenti discrezionali; tanto che la dottrina parla efficacemente di *giudicato a formazione progressiva* per indicare l'eventualità in cui l'originaria statuizione, resa in sede di giurisdizione generale di legittimità, sia successivamente completata in sede di giudizio di ottemperanza. Di conseguenza, il generico obbligo di adempimento previsto dall'art. 27 n.4 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato si articola - in

---

<sup>22</sup> R. Villata, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, Milano, 1989, 389.

realtà - in due forme logiche distinte: e cioè in un obbligo di *esecuzione* in senso stretto, preordinato a realizzare le statuizioni tassative e puntuali della sentenza, ed in un dovere di *ottemperanza* in senso stretto, preordinato a realizzare quelle statuizioni della sentenza che postulano - fermo restando il fine indicato, quanto meno genericamente, dal giudice - scelte discrezionali da parte dell'amministrazione " <sup>24</sup>.

Parte della dottrina, alla luce del riferito orientamento giurisprudenziale, ritiene che il commissario *ad acta*, pur se debba riempire gli "spazi vuoti " che residuano dopo il giudicato, non esercita mai poteri discrezionali *strictu sensu* . Come è noto, la discrezionalità amministrativa sta ad indicare la situazione in cui ad un soggetto della P.A. è attribuita la potestà di realizzare l'interesse pubblico che per essa costituisce canone di comportamento (interesse primario) previa ponderazione di tutti gli altri interessi pubblici e privati (interessi secondari) compresenti nella fattispecie, ed in conformità della ponderazione stessa <sup>25</sup>.

Il commissario, invece, si ritiene non abbia una tale ampiezza di poteri. " Egli deve in ogni caso realizzare l'interesse pubblico

---

<sup>23</sup> " L'attività del commissario è la stessa che il giudice dell'ottemperanza avrebbe avuto il potere di porre in essere direttamente ". Cons. St., n. 297 del 1987, *cit.*

<sup>24</sup> Cons. reg. sic., n. 92 del 1982, *cit.*

primario (esecuzione del giudicato) affidatogli dal giudice, e non può mai tener conto di eventuali interessi secondari di segno opposto. Di conseguenza, gli *spazi vuoti* che incontra nel suo cammino deve colmarli con una scelta che non costituisce il frutto della valutazione di tutti gli interessi sostanziali (primari e secondari) sottoposti al suo esame, bensì il frutto della valutazione delle sole modalità strumentali necessarie per realizzare, nel modo migliore possibile, l'interesse primario dell'esecuzione del giudicato " <sup>26</sup>.

Tale orientamento non è condiviso, però, da coloro che ritengono potersi rinvenire nell'attività del giudice dell'ottemperanza e in quella del commissario uno spazio per l'esercizio di attività discrezionale: non può disconoscersi, allora, che " anche il *munus* commissariale disponga di poteri discrezionali che non sembra possano ritenersi diversi rispetto a quelli che avrebbero potuto essere esplicitati dall'amministrazione " <sup>27</sup>.

Chi sposa tale tesi non può non affermare poi che il commissario, perseguendo l'interesse primario connesso all'esecuzione della sentenza, soddisfi puntualmente l'interesse sostanziale del ricorrente vittorioso, raggiungendo tale risultato in quanto coincidente

---

<sup>25</sup> V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 406.

<sup>26</sup> S. Giacchetti, *cit.*, Milano, 1986, 1974.



con l'interesse pubblico, senza per ciò stesso che lo si consideri un organo dell'autorità amministrativa <sup>28</sup>.

Gli effetti degli atti compiuti dal commissario, per concludere, vengono imputati all'ente o all'amministrazione nel cui conto egli ha agito <sup>29</sup>, ma tali atti non possono essere ritirati dagli organi ordinari dell'autorità amministrativa, almeno con riferimento al periodo in cui si svolge l'esecuzione del giudicato <sup>30</sup>.

### **III.2 La distinzione tra esecuzione ed ottemperanza della sentenza amministrativa**

Si è precedentemente anticipato il tema che verrà trattato qui di seguito inerente alla distinzione, iniziata ad emergere alla fine degli anni ottanta in giurisprudenza, tra esecuzione ed ottemperanza della sentenza amministrativa. In quegli anni, come già ampiamente riferito, la giurisprudenza iniziò ad elaborare un rimedio contro la mancata

---

<sup>27</sup> S. Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990, 322.

<sup>28</sup> M. Maffezzoni, *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, Milano, 1986, I, 308.

<sup>29</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 400.

<sup>30</sup> Cons. St., sez. IV, 10 giugno 1999, n.933.

esecuzione della sentenza amministrativa di primo grado, in quanto il legislatore aveva previsto l'utilizzo del giudizio di ottemperanza solo per le sentenze passate in giudicato.

L'azione di esecuzione allora elaborata, esperibile davanti al giudice che aveva emesso la sentenza non eseguita, tendeva ad ottenere l'attuazione della decisione " quando l'esecuzione della stessa non richiedeva l'esercizio di poteri discrezionali da parte della Pubblica Amministrazione soccombente " <sup>31</sup>; dunque, ecco che si profilava la distinzione dell'attività di esecuzione della sentenza dall'attività propriamente di ottemperanza.

Nella prima rientrano gli atti diretti ad attuare le " indicazioni della sentenza assolutamente puntuali ed immediatamente percettibili nel loro contenuto dispositivo, senza la mediazione di atti strumentali o che implicino scelte da parte del giudice dell'esecuzione " <sup>32</sup>. Nell'ambito dell'ottemperanza, invece, vi è un'accezione più ampia di adozione di ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa, eventualmente anche mediante attività che la sentenza passata in giudicato non prevede espressamente, ma che è comunque necessaria e conseguente alla pronuncia.

---

<sup>31</sup> P. Micozzi, *Intorno ad alcune recenti decisioni in tema di esecutività della sentenza amministrativa*, Milano, 1997, 163.

E' importante sottolineare che la distinzione tra ottemperanza ed esecuzione non è di poco peso, " giacché induce a separare due categorie di effetti ugualmente derivanti dalla sentenza " <sup>33</sup>: il genere di tutela, infatti, che l'interessato aspira a ricevere è dato non soltanto dalla riproposizione dell'atto corretto secondo le indicazioni della sentenza, ma anche dal " recuperare le posizioni che l'atto annullato perché illegittimo aveva modificato o soppresso, o dall'ottenere quelle che esso aveva impedito di ricevere " <sup>34</sup>.

Capita a proposito una sentenza, non di certo recente, nella quale l'allora ricorrente (un'impresa partecipante ad una gara d'appalto non risultata vincitrice), ai fini dell'esecuzione voleva impedire che l'amministrazione appaltante consentisse all'impresa aggiudicatrice sulla base della gara annullata di dare corso ugualmente ai lavori, indipendentemente dagli ulteriori provvedimenti fatti salvi dalla decisione di merito <sup>35</sup>. Tale episodio mostra bene la distinzione tra esecuzione e ottemperanza, la prima consistente nella realizzazione del venire meno degli effetti dell'atto di aggiudicazione della gara

---

<sup>32</sup> D. Arlini, *Si estende l'orientamento dei tribunali amministrativi circa l'esecuzione di sentenze non passate in giudicato*, Milano, 1988, 642.

<sup>33</sup> D. Arlini, *cit.*, Milano, 1988, 636.

<sup>34</sup> G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, Milano, 1980, 653.

<sup>35</sup> TAR Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1984, n. 126.

d'appalto; la seconda, invece, consistente nella rinnovazione degli atti del procedimento di appalto dichiarati illegittimi.

Nel prospettare un rimedio del tutto distinto dall'azione di ottemperanza per le sentenze di primo grado (un'azione di esecuzione da esercitarsi nelle forme ordinarie del giudizio di cognizione, come riferito nel capitolo precedente), la sentenza ribadisce che l'area di efficacia del giudicato è maggiore rispetto all'ambito di esecutività della sentenza di primo grado e che il giudizio di ottemperanza è esperibile solo in presenza di un giudicato. Tale decisione sembra non spostarsi dall'orientamento del Consiglio di Stato <sup>36</sup> che aveva stabilito la non coincidenza tra esecutività e ottemperanza, in quanto la prima risulterebbe limitata al semplice effetto rescindente dell'atto impugnato; ma, per alcuni autori, l'ambito dell'esecutività che emerge dalla sentenza presa in esame " va decisamente oltre l'effetto rescindente dell'atto impugnato e il limitato effetto preclusivo per la successiva azione amministrativa " <sup>37</sup>. Ammesso che l'esecutività della sentenza di primo grado debba valere almeno a garantire " l'effettività della situazione giuridica del ricorrente come scolpita dalla pronuncia

---

<sup>36</sup> Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 1979, n.12: il giudizio di ottemperanza è esperibile solo con il passaggio in giudicato della sentenza, come ampiamente riferito nel paragrafo 4 del capitolo precedente.

<sup>37</sup> P. Micozzi, *cit.*, Milano, 1997, 164.

giudiziale " <sup>38</sup>, infatti, l'effetto esecutivo è tanto ampio quanto lo sono gli atti esecutivi necessari non comportanti intromissione del giudice nella sfera della discrezionalità dell'autorità amministrativa.

L'esaminata sentenza si pone sulla stessa lunghezza d'onda di una decisione ad essa precedente in cui si stabilisce che qualora " l'esecuzione della sentenza amministrativa non richieda l'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione rimasta soccombente, è da ritenersi ammesso il ricorso per ottemperanza, anche al fine di conseguire l'attuazione della decisione di primo grado esecutiva, ma non ancora passata in giudicato " <sup>39</sup>.

Mentre si discute sulla possibilità di fare ricorso al giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze amministrative non ancora passate in giudicato (ma già esecutive dal momento della pubblicazione), nel caso ovviamente in cui non abbia provveduto spontaneamente la stessa amministrazione interessata, nella citata sentenza il Collegio propone di dare a tale problema soluzioni differenziate, che siano adeguate " alla varia realtà fenomenica oggetto della decisione (...) in relazione alla esigenza di una sua effettiva ed immediata esecutività ".

---

<sup>38</sup> TAR Friuli-Venezia Giulia, n.126 del 1984, *cit.*

<sup>39</sup> TAR Lazio, sez. II, 31 marzo 1982, n. 386.

In sintesi, si dovrebbe distinguere, a giudizio della seconda sezione del TAR Lazio, in base alla circostanza che dalla sentenza derivi un obbligo di ottemperanza in senso stretto o un obbligo di esecuzione in senso stretto; in altri termini, cioè, " se l'attuazione della decisione presupponga o meno l'intermediazione di un provvedimento amministrativo e, quindi, di una scelta discrezionale dell'amministrazione " <sup>40</sup> .

In primo luogo, il Tribunale ritiene che si possa utilmente azionare il ricorso previsto dall'art. 37 della legge n.1034 del 1971 quando la decisione del giudice amministrativo produce effetti caducatori (di annullamento e di modifica) di un provvedimento amministrativo che aveva determinato innovazioni nelle situazioni giuridiche soggettive, cosicché l'autorità amministrativa è tenuta solamente ad eseguire il *dictum* senza possibilità di scelta.

In secondo luogo, " possono ricorrere sentenze contenenti statuizioni che non determinano nell'Amministrazione un potere di scelta, soprattutto sull'*an* e sul *quomodo* del comportamento attuativo " <sup>41</sup> . E' il caso di una sentenza che condanna la P.A. al

---

<sup>40</sup> V. Gasparini Casari, *Esecutività della sentenza amministrativa e giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 345.

<sup>41</sup> TAR Lazio, sez. II, n. 386 del 1983, *cit.*

pagamento di una somma di denaro determinata (o determinabile in base a calcolo che non comporti elementi di discrezionalità).

Per evitare, dunque, un indiscriminato ricorso al giudizio di ottemperanza anche per le sentenze non ancora passate in giudicato (circostanza che può " condurre all'inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo nelle linee funzionali di svolgimento dell'azione amministrativa " <sup>42</sup>), in un'altra decisione la stessa sezione del TAR Lazio afferma che quando, invece, " l'attività dovuta dall'Amministrazione si traduce in adempimenti vincolati, il rimedio del ricorso per ottemperanza deve essere ammesso proprio per realizzare l'immediata esecutività delle decisioni volute dalla legge ed il potere del giudice amministrativo di ordinare all'amministrazione di porre in essere l'attività esecutiva vincolata deve ritenersi implicitamente connesso al potere di emanare una decisione cui la legge conferisce immediata esecutività " <sup>43</sup>. In questo caso, in effetti, si tratta solo di attuare degli effetti giuridici che derivano direttamente dalla decisione, " né l'amministrazione deve emanare un vero e proprio provvedimento amministrativo puntuale e specifico, che sia espressione di una scelta discrezionale " <sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Cons. St., Ad. Plen., n. 12 del 1979, *cit.*

<sup>43</sup> TAR Lazio, sez. II, 17 febbraio 1982, n. 193.

<sup>44</sup> TAR Lazio, sez. II, n. 193 del 1982, *cit.*

Si è detto che l'area di efficacia del giudicato è maggiore rispetto a quella dell'esecutività della sentenza amministrativa; dunque, non sussiste coincidenza tra le due. Il giudicato, infatti, attraverso la proposizione del giudizio di ottemperanza, può condurre all'esercizio di " poteri sostitutivi delle attribuzioni istituzionali degli organi amministrativi in via diretta da parte del giudice o per mezzo di funzionari *ad acta* ", mentre l'esecutività della sentenza di primo grado, quale idoneità della stessa a spiegare i suoi effetti nello spazio intercorrente sino alla pronuncia di appello, pur avendo autorità piena e vincolante per l'autorità amministrativa soccombente, " non vale ad estendere il potere del giudice al merito della vertenza laddove questo resta, come nel pregresso giudizio di cognizione, nell'ambito del sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo annullato " <sup>45</sup>.

In quegli anni, dunque, emerge una linea di demarcazione tra esecutività ed ottemperanza che " corre lungo il confine che divide l'azione amministrativa (successiva al *dictum* del giudice) a seconda che essa sia discrezionale o vincolata; (...) a seconda che l'attività necessaria a conformarsi al contenuto della sentenza sia di esecuzione o di ottemperanza " <sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> TAR Lazio, sez. I, 16 novembre 1987, n. 1723.

<sup>46</sup> P. Micozzi, *cit.*, Milano, 1987, 166.



Circa il contenuto dell'ottemperanza, il Sandulli ha dato delle indicazioni rilevanti, sottolineando come esso inerisca al fatto che " laddove l'oggetto della pronuncia non è tale che ad essa consegua un obbligo puntuale e tassativo (...), l'Amministrazione dispone di un più o meno ampio ventaglio di possibilità ai fini dell'adeguamento della realtà di fatto alla situazione di diritto affermata dal giudice " <sup>47</sup>. E' noto che l'ulteriore attività occorrente per portare ad effetto la sentenza amministrativa è riservata, ex art. 88 reg. proc. del Consiglio di Stato, all'autorità amministrativa: tale riserva, a giudizio dell'Autore, riguarda in modo indifferente sia i casi in cui si tratta di ottemperare (secondo discrezionalità), sia quelli in cui si tratta di eseguire (puntualmente) la sentenza, " poiché la legge abbraccia indistintamente entrambe le serie di casi nel concetto di *conformarsi* al pronunciato del giudice, che si rinviene nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo " <sup>48</sup>.

L'esecuzione, quindi, consiste in un adempimento vincolato, concernente la traduzione in atto delle statuizioni della sentenza che impartiscono comandi tassativi e puntuali. L'ottemperanza, invece, è un adempimento discrezionale, che consiste nel porre in essere tutti gli

---

<sup>47</sup> A. M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, Padova, 1982, 24.

<sup>48</sup> A. M. Sandulli, *cit.*, Padova, 1982, 25.

atti e i comportamenti positivi che l'autorità amministrativa adotta facendo uso di un potere di scelta, tra la gamma di soluzioni legittime possibili per *conformarsi* ad una sentenza che non contenga ordini tassativi e che non contenga adempimenti precisi e inderogabili, affinché la sentenza possa esplicare i suoi effetti.

Per parte della dottrina <sup>49</sup>, nei casi in cui la P.A. è tenuta puramente e semplicemente ad *eseguire* la sentenza, ad essa corrisponde un obbligo, mentre la parte vittoriosa è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'esecuzione. Al dovere di ottemperanza dell'autorità amministrativa, invece, non corrisponde un diritto del cittadino, poiché ad esso vi si accompagna sempre un potere di scelta secondo valutazioni di merito.

Su queste basi la giurisprudenza <sup>50</sup> ha enunciato il principio (ampiamente riferito nel capitolo precedente) che l'obbligo di adempimento previsto dall'art. 27 n. 4 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato si articola in un obbligo di esecuzione in senso stretto e in un dovere di ottemperanza in senso stretto. Il primo è volto alla realizzazione delle statuizioni precise e tassative della pronuncia del giudice amministrativo, il secondo, invece, è diretto a realizzare quelle

---

<sup>49</sup> V. Gasparini Casari, *cit.*, Milano, 1983, 350; A. M. Sandulli, *cit.*, Padova, 1982, 24.

<sup>50</sup> Cons. reg. sic., n. 92 del 1982, *cit.*

statuizioni della sentenza che impongono scelte discrezionali da parte dell'autorità amministrativa.

Se, dunque, all'obbligo di adempiere della P.A. corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo di cui è titolare il ricorrente vittorioso, allora il giudizio di ottemperanza va inquadrato nella giurisdizione di merito. Il giudice, infatti, " non deve compiere alcuna valutazione in termini di incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere; deve soltanto acclarare l'esistenza dell'inadempimento come fatto, e quindi adottare i necessari provvedimenti sostitutivi per soddisfare l'obbligo rimasto inadempito " <sup>51</sup>.

In questo quadro normativo, giurisprudenziale e dottrinale, di cui si è ampiamente trattato, è intervenuta la legge di riforma n. 205 del 2000: interessanti sono le novità apportate in materia di esecuzione ed ottemperanza della sentenza amministrativa, che hanno indotto inevitabilmente gli addetti ai lavori a rivedere le proprie posizioni al riguardo.

### **III.3 La novità introdotta dall'art. 10 l. 205 del 2000**

Si è visto che l'impossibilità di esperire il giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione della sentenza era stata argomentata in vario modo: veniva in rilievo anche l'indicazione di un contenuto più limitato dell'obbligo di esecuzione della sentenza di primo grado rispetto all'obbligo di ottemperanza. Recentemente, infatti, si è sostenuto che mentre l'obbligo di ottemperanza si identifica con la necessità per l'amministrazione di riportare la situazione di fatto a quella di diritto affermata dal giudice e perciò di eliminare gli effetti del provvedimento annullato e ricostruire la situazione di fatto che si avrebbe avuta se il provvedimento annullato non fosse mai stato emanato, l'effetto della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado è limitato alla impossibilità per l'autorità amministrativa di protrarre oltre l'esecuzione dell'atto annullato <sup>52</sup>.

L'immediata esecutività, quindi, non avrebbe un effetto in positivo, di costringere la P.A. ad adeguarsi alla sentenza di primo

---

<sup>51</sup> S. Giacchetti, *Il giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, Milano, 1988, 40.

<sup>52</sup> Cons. St., sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2293.

grado, ma soltanto un effetto in negativo, di " paralizzare l'esecuzione del provvedimento impugnato " <sup>53</sup>.

Sempre in tempi recenti, la giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali ha iniziato a modificare il proprio atteggiamento da un punto di vista sostanziale, affermando che l'esecutività della sentenza di primo grado significava comunque anticipazione dell'esito conclusivo del giudizio e non soltanto inapplicabilità del provvedimento annullato <sup>54</sup>.

In questo quadro è intervenuto, dunque, l'art. 10 della legge n. 205 del 2000, che ha aggiunto un comma all'art. 33 della legge n. 1034 del 1971, e che ha poi introdotto una disciplina analoga per il giudizio davanti alla Corte dei Conti.

Per quanto concerne il giudizio davanti al TAR e al Consiglio di Stato, all'art. 33 (che prevede l'esecutività della sentenza dei TAR e disciplina il ricorso per ottenere la sospensione di detta esecuzione), è stato aggiunto un comma che regola l'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato. Il comma prevede che " per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il Tribunale Amministrativo Regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di

---

<sup>53</sup> C. E. Gallo, *L'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato*, Milano, 2000, 1096.

<sup>54</sup> TAR Lazio, sez. I, 25 marzo 2000, n. 2275: l'esecuzione della sentenza di primo grado, intesa come piena attuazione della pronuncia, ha carattere dovuto.

ottemperanza al giudicato ". Emerge chiaramente come la funzione della norma sia quella di apprestare un rimedio a favore di chi intenda ottenere l'esecuzione della sentenza pronunciata dal TAR: " non è, formalmente, il giudizio di ottemperanza, ma di questo ha la sostanza " <sup>55</sup>.

Poiché la norma riguarda le sentenze non sospese dal Consiglio di Stato e che, ai sensi dell'art. 33 comma terzo della l. n. 1034 del 1971, la sospensione della esecutività delle sentenze dei TAR può essere disposta, su istanza di parte, dal Consiglio di Stato, adito con ricorso in appello, nel caso in cui sia già decorso il termine di volta in volta applicabile per la proposizione dell'appello senza che questo sia proposto (e dunque la sentenza è passata in giudicato), si è fuori della previsione dell'art. 10 della legge di riforma, poiché in tal caso è esperibile il giudizio di ottemperanza.

L'ambito di applicazione di tale norma è pertanto delimitato, essenzialmente, alle sentenze dei TAR che siano state appellate, ma la cui esecutività non sia stata sospesa da parte del giudice d'appello, o perché non sia stata avanzata dall'appellante istanza in tal senso, o perché questa sia stata respinta.

---

<sup>55</sup> C. Adamo, *Giudizio di ottemperanza delle sentenze non passate in giudicato*, Roma, 2000, 803.

L'art. 10, al secondo e terzo comma, detta norme relative alla esecuzione delle sentenze della Corte dei Conti: la norma opera una estensione a questo giudizio della nuova disciplina di esecuzione delle sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali. C'è chi sostiene che " la formulazione della legge è sicuramente infelice, e non tiene conto delle particolarità del giudizio avanti la Corte dei Conti " <sup>56</sup>.

All'art. 5 della stessa legge di riforma, infatti, si attribuisce alle sentenze pronunciate dalla Corte dei Conti in materia pensionistica l'efficacia immediatamente esecutiva, in virtù del richiamo dell'art. 431 c.p.c. <sup>57</sup>. Per queste sentenze, pertanto, ben può valere il riferimento al nuovo regime di esecuzione delle sentenze di primo grado non passate in giudicato. Per le sentenze rese nei giudizi di responsabilità, invece, nulla essendo stato modificato, vale il sistema introdotto nel 1996, e l'applicazione del procedimento di esecuzione potrà avvenire soltanto se il giudice di appello attribuirà alla sentenza di primo grado il carattere di immediata esecutività <sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1100.

<sup>57</sup> Art. 431, 1° comma : "le sentenze che pronunciano condanna a favore del lavoratore per crediti derivanti dai rapporti di cui all'articolo 409 sono provvisoriamente esecutive". Prima della riforma del 1990 solo le sentenze di condanna relative a crediti del lavoratore erano per legge provvisoriamente esecutive. Ciò costituiva un privilegio, giustificato dalla funzione alimentare di questi crediti (Cost. art. 36). Adesso la norma va coordinata col nuovo art. 282 che attribuisce efficacia esecutiva provvisoria a tutte le sentenze (non solo a quelle di condanna in favore del lavoratore) di primo grado.

<sup>58</sup> P. Virga, *cit.*, Milano, 2001, 421.

L'art. 10 sembra attribuire alla Corte dei Conti la potestà di decidere sulla ottemperanza delle proprie sentenze, sino ad ora discussa. Ed infatti, " sarebbe strano immaginare che la possibilità per la Corte dei Conti di decidere per l'esecuzione delle sentenze di primo grado delle more dell'appello non possa valere anche per l'esecuzione, e cioè, per l'ottemperanza, delle sentenze passate in giudicato " <sup>59</sup>. Ed infatti la medesima competenza è attribuita alle sezioni giurisdizionali d'appello per l'esecuzione delle proprie sentenze, e cioè per le sentenze di secondo grado.

Il terzo comma dell'art. 10 contiene una doppia regola: innanzitutto, ribadisce l'applicazione della esecutività dei *dicta* nei giudizi davanti alle sezioni giurisdizionali centrali d'appello, ad eccezione dell'ipotesi in cui davanti a queste sezioni sia stata impugnata una sentenza che ha deciso soltanto su questioni di carattere pregiudiziale <sup>60</sup>. La norma poi abroga la possibilità per la sezione d'appello, investita di una pronuncia che abbia deciso anche nel merito, di valutare se esaminare soltanto una questione pregiudiziale e disporre il rinvio alla sezione di primo grado o se al contrario decidere integralmente la controversia. L'eliminazione di questa possibilità porta a pensare che il regime del rinvio al giudice di

---

<sup>59</sup> T. Mele, *Sulle pensioni Corte dei Conti in "monocratica"*, Milano, 30/2000, 64.



primo grado sia da considerare del tutto eccezionale, poiché si deve applicare il complesso normativo contenuto nel codice di procedura civile, che è la normativa di riferimento per il processo davanti alla Corte dei Conti laddove non sia stabilito diversamente <sup>61</sup>.

In virtù delle novità apportate dall'art. 10, secondo comma, della legge n. 205 del 2000, dunque, il giudizio di ottemperanza alle decisioni della Corte dei Conti deve essere proposto davanti allo stesso giudice contabile che ha emesso la sentenza della cui ottemperanza si discute. Il Consiglio di Stato, infatti, ritiene che, grazie a tale disposizione, per l'ottemperanza al giudicato delle sentenze della Corte dei Conti non trova più applicazione l'art. 37 della legge istitutiva dei TAR, ma che ad essa debbano provvedere direttamente gli stessi giudici contabili <sup>62</sup>: ciò si spiega col fatto che il principio che si ricava dalla *ratio* ispiratrice del secondo comma dell'art. 10, e cioè il principio dell'unità e dell'esclusività della giurisdizione amministrativa contabile nelle materie ad essa attribuite, non può trovare alcuna eccezione, in mancanza di una espressa previsione di legge, rispetto al giudizio di ottemperanza.

---

<sup>60</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1100.

<sup>61</sup> F. Garri, *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti*, Milano, 2000, 608.

<sup>62</sup> Cons. St., sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1949.

Si tratta di una previsione " del tutto coerente rispetto alla *ratio* ispiratrice della legge n. 205 del 2000, di rendere più efficiente, efficace e maggiormente rispondente alle esigenze dei cittadini l'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa, in quanto attribuisce espressamente l'esecuzione della sentenza allo stesso giudice contabile che ha deciso la fase cognitiva, facilitando e rendendo omogenea l'attività di interpretazione del giudicato logicamente precedente ogni attività di esecuzione, evitando che di essa debba occuparsi il Tribunale Amministrativo Regionale o il Consiglio di Stato, con il rischio di pronunce difformi o contraddittorie rispetto ai principi di diritto affermati dalla giurisdizione amministrativa contabile in sede di cognizione " <sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Cons. St., sez. IV, n. 1949 del 2001, *cit.*

### **III.4 Conseguenti problemi interpretativi**

Se la funzione della norma (apprestare un rimedio a favore di chi intenda ottenere l'esecuzione della sentenza di primo grado) è stata chiara sin dall'inizio, la sua interpretazione, al contrario, ha destato non pochi problemi tra gli operatori del diritto amministrativo.

La disciplina, infatti, pone alcuni problemi, che qui di seguito verranno analizzati e ai quali si cercherà di dare una soluzione la più soddisfacente possibile.

a) La prima questione che può essere sollevata è quella relativa alla compatibilità costituzionale della nuova disposizione, considerando la recente sentenza della Corte Costituzionale <sup>64</sup> che ha escluso l'illegittimità della precedente previsione, che non ammetteva l'esperimento del giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze non passate in giudicato.

Il dubbio, peraltro, può essere agevolmente superato sulla base di due considerazioni, una di carattere formale, l'altra di carattere sostanziale <sup>65</sup> : da un punto di vista strettamente formale, infatti, il dispositivo della sentenza della Corte è un dispositivo di rigetto, che

---

<sup>64</sup> Corte Cost., 12 dicembre 1998, n. 406.

come tale non contiene l'affermazione della legittimità della disciplina, ma della infondatezza della questione sollevata; da un punto di vista sostanziale, invece, si può rilevare come la Corte si sia semplicemente limitata, sia pure con ampia motivazione, ad affermare la non illogicità della regola propria del processo amministrativo (il passaggio in giudicato come presupposto indispensabile per poter esperire il giudizio di ottemperanza), in relazione all'assetto di altri ordinamenti processuali ed ai rapporti tra la funzione del giudice ed i poteri dell'autorità amministrativa. Si può ben dire, dunque, che la Corte non ha affermato che la soluzione contenuta nella legge istitutiva dei TAR fosse l'unica costituzionalmente corretta <sup>66</sup>, postulando indirettamente una " diversa soluzione legislativa, accompagnata da modifiche al processo amministrativo ".

b) Altro problema da considerare è quello relativo alla individuazione delle sentenze rispetto alle quali è possibile l'esperimento del nuovo rimedio.

L'art. 10 fa riferimento, infatti, alle sentenze la cui esecuzione non è stata sospesa dal Consiglio di Stato. " Questa espressione

---

<sup>65</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1098.

<sup>66</sup> Infatti è stato auspicato anche il ritorno alla clausola di provvisoria esecuzione. Cons. St., Ad. Plen., 19 maggio 1997, n. 9.

potrebbe consentire due interpretazioni: le sentenze rispetto alle quali la sospensione dell'esecuzione è stata richiesta al giudice d'appello, e da questi respinta; le sentenze nei confronti delle quali il Consiglio di Stato non sia stato chiamato a pronunciarsi o non si sia ancora pronunciato " <sup>67</sup>.

E' evidente la differente conseguenza dell'interpretazione proposta: nel primo caso per esperire il nuovo rimedio occorrerà comunque attendere che il Consiglio di Stato si pronunci sull'istanza, e poiché per questa istanza non è previsto alcun termine perentorio, la possibilità di ricorrere al nuovo rimedio sussisterà soltanto a seguito dell'attivazione da parte del ricorrente che solleciti la P.A. a provvedere e a seguito della scelta di quest'ultima di ricorrere davanti al Consiglio di Stato. Nel secondo caso, al contrario, lo strumento sarà comunque sempre proponibile, salvo l'intervento del Consiglio di Stato in sede di appello.

La scelta tra le due interpretazioni non risulta facile: la seconda può di certo ritenersi più in linea con il disposto complessivo dell'art. 33 della legge TAR che inizia con l'affermazione dell'esecutività delle sentenze di primo grado; se l'esecutività è la regola, salvo l'intervento dello speciale rimedio, si comprende chiaramente che il sistema di

---

<sup>67</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1098.

esecuzione è previsto come rimedio di carattere generale, ad eccezione dell'ipotesi in cui il giudice d'appello non sia altrimenti intervenuto.

La prima interpretazione, al contrario, è in linea con il precedente orientamento giurisprudenziale che, come è già stato ampiamente riferito in precedenza, giustifica la non esecuzione della sentenza fino a quando non è noto l'esito della istanza al Consiglio di Stato per la sua sospensione <sup>68</sup>.

Tra le due soluzioni è preferibile dunque certamente la seconda.

c) Dall'articolo in questione emerge un terzo problema: la norma, infatti, non afferma che all'esecuzione delle sentenze di primo grado si applica il giudizio di ottemperanza, ma soltanto che per l'esecuzione di queste sentenze il giudice esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza. Anche a tal proposito si possono avanzare due soluzioni: se si ritiene che la nuova legge abbia richiamato *tout court* il giudizio di ottemperanza, allora si può affermare che si è voluto estendere la portata dell'esecutività delle sentenze di primo grado, ampliandola dalla semplice non esecuzione del provvedimento

---

<sup>68</sup> B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 138.

impugnato alla integrale ottemperanza dell'autorità amministrativa alla sentenza <sup>69</sup>.

Se, invece, si vuol porre l'accento sull'espressione normativa, che fa riferimento soltanto all'esercizio dei poteri inerenti al giudizio di ottemperanza, si può affermare che l'ambito dell'esecutività è rimasto inalterato, e che, semplicemente, per garantire questa esecutività, in negativo, è possibile ricorrere al giudizio di ottemperanza. Anche in questo caso è in qualche misura immaginabile che l'orientamento della giurisprudenza possa essere nel secondo senso, in linea, cioè, con quanto sino ora è stato praticato. Il vantaggio per il ricorrente vittorioso di primo grado, sarebbe, quindi, modesto.

Ma l'affermazione dell'esecutività della sentenza di primo grado – che è la regola ormai nel processo civile – vuol proprio attribuire a colui che ha vinto nel giudizio di primo grado tutto il vantaggio che gli può derivare dal passaggio in giudicato della sentenza, " per evitare che i giudizi di appello vengano proposti soltanto con intenti defatigatori ed in qualche misura per accelerare i tempi del giudizio " <sup>70</sup>. Se è così, allora deve ritenersi che il riferimento al giudizio di ottemperanza abbia esteso anche dal punto di vista del

---

<sup>69</sup> C. E. Gallo, *Primi orientamenti in tema di esecuzione delle sentenze dei TAR non passate in giudicato: commento*, Milano, 2002, 849.

<sup>70</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1099.

contenuto l'ambito dell'esecutività della sentenza, rendendolo in tutto identico all'ambito del giudicato, fatta salva, è chiaro, l'immodificabilità.

In giurisprudenza vi sono orientamenti diversi: vi è chi ritiene che vi sia coincidenza tra i due ambiti (" l'art. 10 l. 205 del 2000 ha inequivocabilmente sancito la coincidenza tra l'ambito dell' esecutività delle decisioni giurisdizionali amministrative di primo grado non sospese in appello e quello del giudizio di ottemperanza, con conseguente estensione ai giudici di primo grado degli stessi poteri loro già conferiti in sede di giudizio di ottemperanza " <sup>71</sup>), e chi ritiene, invece, che non si possa parlare di equiparazione tra ambito dell'esecutività e ambito del giudicato: " l'esecutività della sentenza del TAR non sospesa dal Consiglio di Stato, disposta dal primo comma dell'art. 10, non implica che l'esecuzione della stessa abbia ricevuto, in termini di previsione legislativa, una piena ed integrale equiparazione all'esecuzione della sentenza assistita dalla forza del giudicato, mancando il requisito della definitività e della stabilità " <sup>72</sup>.

In ogni caso, in questa nuova impostazione l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata assume un rilievo particolare, come è dimostrato dal fatto che l'art. 3 della legge n. 205

---

<sup>71</sup> TAR Lazio, sez. II, 8 febbraio 2001, 1015.



del 2000 applica anche all'istanza di sospensione della sentenza appellata, davanti al Consiglio di Stato, le innovazioni introdotte alla fine dell'art. 21 della legge istitutiva dei TAR.

d) E' necessario poi affrontare il problema relativo alla portata dell'esecutività: vi è infatti chi sostiene che l'esecutività dovrebbe essere limitata all'attuazione della sentenza per quanto attiene alle misure reversibili, con la conseguenza che " il riferimento ai poteri del giudice dell'ottemperanza vorrebbe proprio consentire al giudice di calibrare l'esecuzione della sentenza, attraverso l'uso dei poteri anche in merito, in relazione alla necessità di non pregiudicare del tutto l'esito definitivo del giudizio " <sup>73</sup>.

Tale affermazione, seppur riflette le preoccupazioni relative ai rapporti tra esecuzione anticipata e passaggio in giudicato della sentenza, secondo alcuni non può essere accolta, in quanto il legislatore ha compiuto una scelta netta a favore della anticipata esecuzione della sentenza anche prima del passaggio in giudicato. Anticipata esecuzione della sentenza significa attuazione della medesima nonostante la pendenza del gravame o l'eventualità che il gravame stesso venga proposto: a fronte di questa impostazione, non

---

<sup>72</sup> TAR Toscana, sez. II, 7 novembre 2000, n. 2281.

<sup>73</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1099.

vi è una soluzione intermedia che non significhi vanificare l'innovazione legislativa <sup>74</sup>.

E' pur vero che l'affermazione dell'anticipata esecutività può porre qualche problema in considerazione del fatto che la P.A. esercita un potere che deve necessariamente utilizzare e del fatto che, perciò, l'annullamento di un provvedimento comporta in qualche misura degli effetti a cascata sul successivo esercizio del potere e sull'adozione di ulteriori provvedimenti. Ma questo tipo di effetto è una conseguenza della natura del potere amministrativo, che " il legislatore evidentemente ha apprezzato quando ha preferito far prevalere l'esigenza di celerità nell'attuazione delle pronunzie giurisprudenziali rispetto all'esigenza di stabilità dei rapporti giuridici " <sup>75</sup>.

In proposito, tali sostenitori ricordano, d'altra parte, che esiste il rimedio della sospensione dell'esecuzione della sentenza, che potrà essere utilmente esperito allorché vi sia davvero il rischio che l'attuazione anticipata della pronuncia possa comportare delle conseguenze gravissime e più reversibili. Sarà in questa sede che, utilizzando il potere cautelare, il giudice d'appello potrà modulare la sospensione dell'esecuzione in modo da contemperare le esigenze delle parti.

---

<sup>74</sup> B. Marchetti, *cit.*, Padova, 2000, 267.

Al contrario, da qualche altra parte si afferma che " anche successivamente all'entrata in vigore dell'art. 10, comma 1, l. 21 luglio 2000, n. 205, è inammissibile il ricorso per l'esecuzione di una sentenza di primo grado non ancora passata in cosa giudicata, diretto a sollecitare un potere cognitivo del giudice esteso al merito della vertenza, suscettibile di tradursi nell'adozione di misure ad effetto conformativo della futura azione dell'Amministrazione e/o aventi carattere di irreversibile modificazione della realtà giuridica " <sup>76</sup>, in quanto solo il giudicato può condurre all'esercizio di poteri sostitutivi delle " attribuzioni istituzionali degli organi amministrativi in via diretta da parte del giudice e per mezzo di commissari *ad acta* ". L'esecutività della sentenza di primo grado, invece, quale idoneità della stessa a dispiegare i suoi effetti nello spazio temporale intercorrente sino alla pronuncia di appello, pur avendo autorità piena e vincolante per l'Amministrazione soccombente, non vale ad estendere il potere del giudice al merito della vertenza. Il fatto che la sentenza di primo grado sia suscettibile di essere riformata in sede di appello " deve imporre al giudice adito di procedere con prudente ed equilibrato apprezzamento nell'adozione di provvedimenti esecutivi

---

<sup>75</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1099.

<sup>76</sup> TAR Toscana, sez. II, n. 2281 del 2000, *cit.*

implicanti pur sempre effetti necessariamente interinali del *decisum* " <sup>77</sup>.

e) Un ultimo problema riguarda le regole procedurali da applicare al giudizio esecutivo in questione.

Nulla la norma dice in merito, e ciò consentirebbe di ritenere sia che si debba seguire il rito individuato dalla giurisprudenza amministrativa secondo il quale si tratta semplicemente di introdurre un giudizio ordinario <sup>78</sup>, sia che si debba proporre un ricorso di ottemperanza.

Per la prima ipotesi, determinante è il mancato richiamo nel testo novellato della disposizione di cui all'art. 37 e del relativo procedimento di ottemperanza. Pare poi decisivo ritenere che, se la volontà del legislatore fosse stata quella di operare un'estensione del giudizio di ottemperanza anche alle sentenze di primo grado, " gli sarebbe bastato intervenire direttamente nel corpo dell'art. 37. Il che invece non è stato" <sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> TAR Puglia, Lecce, sez. I, 16 marzo 2001, n. 1162.

<sup>78</sup> E' la proposta di O. Forlenza, *Sulle controversie non sospese ottemperanza al TAR*, Milano, 30/2000, 86.

<sup>79</sup> C. Calvieri, *L'esecuzione delle sentenze di primo grado ex art. 10 l. 205/2000: una estensione del giudizio di ottemperanza o speciale procedimento cautelare in pendenza del ricorso in appello?*, Roma, 2001, 601.

Tale soluzione è però ritenuta insoddisfacente: " il giudizio ordinario – infatti - ha dei tempi di decisione che sono incompatibili con l'esigenza propria di un giudizio esecutivo e d'altra parte un rito esecutivo speciale rispetto al rito ordinario corrisponde alla logica delle cose (si veda quanto statuito sia nel processo civile che nel processo penale) " <sup>80</sup>. A questo punto, è sistematicamente più corretto attribuire anche a questo tipo di rimedio le regole procedurali previste per l'altro giudizio esecutivo proprio del processo amministrativo, e cioè per il giudizio di ottemperanza.

E' interessante a questo proposito dare uno sguardo alle numerose decisioni della giurisprudenza in ordine a questo problema. Anche nei tribunali vi sono opinioni contrastanti: si trovano, infatti, sentenze nelle quali si è statuito che il regolamento processuale ex art. 10 sia lo stesso del giudizio di ottemperanza, per cui occorrerà notificare una diffida a provvedere e, successivamente, depositare il ricorso per l'ottemperanza <sup>81</sup>; e vi sono sentenze che invece sono di avviso diverso, perché ritengono che il giudizio previsto per l'esecuzione delle sentenze del giudice di primo grado non ancora passate in giudicato non si instaura nelle forme tipiche del giudizio di ottemperanza, perché quest'ultimo ha carattere eccezionale, e non può

---

<sup>80</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1100.

quindi essere esteso analogicamente ad altri giudizi, diversi da quelli espressamente stabiliti dalla norma <sup>82</sup>.

L'art. 10 della l. 205 del 2000 non estende il rimedio della esecuzione alle decisioni del Consiglio di Stato, essendo riferito solo alle sentenze del TAR. Ma per le decisioni del Consiglio di Stato si pone un problema di passaggio in giudicato, in relazione alla proponibilità del ricorso in Cassazione per questioni di giurisdizione.

Si tratta, in realtà di " una semplice dimenticanza " <sup>83</sup>, dal momento che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che le proprie decisioni, pur impugnate in Cassazione, siano esecutive, e che nei confronti delle medesime non sia esperibile il rimedio della richiesta di sospensione dell'esecuzione previsto dall'art. 373 c.p.c <sup>84</sup>. Anche alle decisioni del Consiglio di Stato, perciò, deve ritenersi applicabile il nuovo giudizio esecutivo.

---

<sup>81</sup> TAR Puglia, Bari, sez. II, 29 marzo 2001, n. 841.

<sup>82</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, 8 marzo 2002, n. 112.

<sup>83</sup> C. E. Gallo, *cit.*, Milano, 2000, 1100.

## CONCLUSIONI

Lo scopo di questo lavoro di ricerca era quello di verificare se, alla luce della riforma del processo amministrativo del 2000, si può oggi parlare ancora di "esecuzione" ed "ottemperanza" della sentenza amministrativa come di due termini ben distinti tra loro.

Si è visto come dottrina e giurisprudenza invocassero, ormai da anni, un intervento del legislatore in materia per colmare le lacune della legge n. 1034 del 1971 che, pur affermando l'esecutività della sentenza pronunciata al termine del primo grado di giudizio, non aveva previsto un rimedio diretto per l'esecuzione della medesima, qualora la P.A. soccombente non avesse tradotto nella realtà materiale le disposizioni contenute nella decisione del giudice. Tale rimedio, infatti, previsto dall'art. 37 del t.u. del Consiglio di Stato, era riferito solo per le sentenze passate in giudicato.

Nel periodo di applicazione immediatamente successivo all'entrata in vigore dell'art. 33 della legge del 1971, per evitare che l'eventuale inadempimento da parte della P.A. soccombente rimanesse

---

<sup>84</sup> Cons. St., sez. IV, 1° febbraio 2000, n. 1341; Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 1999, n.

privo di sanzione e che dunque la disposizione in esame diventasse lettera morta, si era pensato di equiparare l'esecutività della sentenza di primo grado a quella della sentenza per cui era esperibile il rimedio del giudizio di ottemperanza.

In molti rilevavano un certo grado di contraddittorietà fra la norma dell'art. 33 e quella dell'art. 37, e cioè tra l'affermazione dell'esecutività immediata delle decisioni del giudice amministrativo di primo grado e la subordinazione dell'esecuzione tramite ottemperanza alla previa formazione del giudicato. Questa contraddittorietà ha portato ad un dibattito giurisprudenziale e dottrinale molto acceso.

Un primo orientamento giurisprudenziale <sup>1</sup> è stato favorevole all'ammissibilità del ricorso per ottemperanza per l'esecuzione di decisioni di primo grado impugnate o impugnabili in sede di appello dinanzi al Consiglio di Stato. Fra le ragioni addotte a sostegno di questa tesi vi era l'esigenza di evitare che la parte soccombente potesse nella sostanza eludere l'affermazione di diritto contenuta nella sentenza di primo grado con impugnazioni aventi carattere dilatorio.

---

2434.

<sup>1</sup> Cons. St., sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901; Tar Piemonte, 28 gennaio 1976, n. 31; TAR Lazio, sez. I, 22 giugno 1977, 648.



Di contrario avviso è stata la Corte di Cassazione <sup>2</sup> che ha negato l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per l'attuazione delle decisioni giurisdizionali amministrative non ancora passate in giudicato.

In seguito, poi, il Consiglio di Stato, con la più volte citata decisione n. 12 del 1979 ha ritenuto che gli artt. 33 e 37 della legge n. 1034 del 1971 dovevano essere interpretati in senso restrittivo, sicché l'esecutività di cui all'art. 33 altro non era che l'ammissibilità di una esecuzione spontanea da parte della pubblica amministrazione senza che ciò comportasse acquiescenza, mentre lo strumento esecutivo fondamentale del giudizio di ottemperanza doveva essere riservato a quelle decisioni caratterizzate dal massimo grado di certezza ed immutabilità che consegue al passaggio in giudicato.

Nel 1998 è poi intervenuta la Corte Costituzionale <sup>3</sup> che ha negato l'incostituzionalità delle norme che prevedono che i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle decisioni pronunciate dagli organi di giustizia amministrativa possano essere proposti esclusivamente attraverso sentenze passate in giudicato e non anche con riferimento a sentenze di primo grado, esecutive *ipso jure* e non sospese dal giudice

---

<sup>2</sup> Cass., S. U., 5 novembre 1973, n. 2863.

d'appello, ancorché non ancora passate in giudicato (artt. 37 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, e 27 n.4 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054).

Gli operatori del diritto amministrativo già in quel periodo avevano elaborato la distinzione tra " esecuzione " ed " ottemperanza " della sentenza amministrativa. Si sosteneva che nel primo termine rientrassero gli atti diretti ad attuare le indicazioni della sentenza precise e puntuali che non necessitavano di atti strumentali o di scelte discrezionali; nel secondo termine, invece, rientravano gli ulteriori provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa, eventualmente anche mediante attività non prevista espressamente dalla sentenza, ma comunque necessaria alla realizzazione della pronuncia.

Ragioni di ordine sistematico erano da sempre addotte allo scopo di comprovare l'inapplicabilità del giudizio di ottemperanza alle pronunce non passate in giudicato: proprio la natura incisiva dei poteri del giudice dell'ottemperanza sull'esercizio del potere amministrativo, che potevano incidere sull'esercizio del potere amministrativo, portava ad escluderne l'utilizzo in caso di decisioni emesse nel primo grado di giudizio, in quanto non stabili.

---

<sup>3</sup> Corte Cost., 12 dicembre 1998, n. 406.

Dunque, l'unica garanzia del cittadino era costituita dagli strumenti di coazione indiretta (che sono stati esaminati nel secondo capitolo), poiché un'esecuzione garantita da poteri sostitutivi e ordinatori del giudice estesi al merito rimaneva possibile (prima della riforma del 2000) solo a fronte di una sentenza immutabile del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato.

La giurisprudenza amministrativa allora ha cercato di creare una nuova forma di tutela giurisdizionale del cittadino, dando luogo ad una vera e propria azione di esecuzione, per ricavare dal sistema giudiziale un rimedio volto a dare concretezza a quel precetto di esecutività della sentenza di primo grado che, enunciato nell'articolo 33 della legge n. 1034 del 1971, sarebbe altrimenti apparso incapace di operare tutte le volte che l'amministrazione avesse rifiutato di dare esecuzione ad una sentenza amministrativa non assistita dalla forza del giudicato.

Si affermava, infatti, che non avrebbe avuto senso affermare l'esecutività della pronuncia di primo grado (ex art. 33 della legge istitutiva dei TAR) e la sua suspendibilità da parte del solo Consiglio di Stato se non si fosse trovato anche il modo di assicurare in via giurisdizionale il compimento da parte della P.A. dell'attività di esecuzione. Di qui l'enucleazione dell'azione di esecuzione quale

rimedio che, pur avendo un ambito e una portata distinti rispetto all'azione di ottemperanza vera e propria, sarebbe andata ad assicurare, per intervento diretto del giudice, l'attività di stretta esecuzione della pronuncia giudiziale.

Ed è qui che si rinviene l'utilità della distinzione fra " esecuzione " ed " ottemperanza " della sentenza: secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, l'attività di esecuzione amministrativa assicurabile dal giudice sulla base del carattere esecutivo della sentenza di primo grado avrebbe riguardato solo ciò che risultava implicato dalla decisione giudiziale, mentre al contrario il giudice non avrebbe potuto in alcun modo intervenire per assicurare ciò che spettava all'amministrazione di fare dopo la sentenza in base a quanto accertato nella pronuncia del giudice medesimo.

L'intervento surrogatorio operato attraverso l'azione di esecuzione avrebbe dunque incontrato in sostanza il limite della discrezionalità: non vi sarebbero state, infatti, interferenze del giudiziario nell'azione amministrativa (pari a quelle rese possibili dal giudizio di ottemperanza) tutte le volte che la sostituzione avesse mirato al compimento di atti o attività in tutto predeterminate e vincolate dalla sentenza.

Il Consiglio di Stato <sup>4</sup> ha poi svolto ulteriori approfondimenti in materia, osservando che non vi è coincidenza tra ambiti di efficacia del giudicato e dell'esecutività della sentenza in quanto:

- il giudicato attraverso la proposizione del giudizio di ottemperanza, può condurre all'esercizio di poteri giudiziali definitivamente sostitutivi, anche nel merito, delle attribuzioni degli organi amministrativi;
- diversamente, l'esecutività, pur avendo autorità piena e vincolante per la P.A. soccombente, " non vale ad estendere il potere del giudice al merito della vertenza, se non in via provvisoria. Infatti, l' esecutività della sentenza di primo grado si concreta nella idoneità della stessa a spiegare i suoi effetti nello spazio temporale intercorrente sino al passaggio in giudicato. Ne consegue l'obbligo per l'amministrazione soccombente di assicurare, nelle more, l'effettività della situazione giuridica del ricorrente come definita dalla pronuncia giudiziale. In tal caso, per realizzare concretamente l'esecutività del precetto giudiziale laddove (...) l'amministrazione ne rifiuti o eluda l'esecuzione, spetta al medesimo giudice che ha emesso la pronuncia assicurare *medio tempore* l'esecuzione. A tal fine, l'interessato può adire nuovamente il giudice di primo grado, non per l'esecuzione del giudicato, ma per

---

<sup>4</sup> Cons. Stato, sez, IV, 3 maggio 1999, ord. n. 767.

ottenere provvedimenti ritenuti idonei per assicurare l'esecuzione interinale della sentenza ".

In pratica, la giurisprudenza amministrativa aveva già elaborato uno strumento processuale volto a dare presidio giudiziale alla prevista esecutività della sentenza amministrativa di primo grado non ancora passata in giudicato, pur al di fuori dello strumento del ricorso dell'ottemperanza.

Nel 2000 iniziarono i lavori per una riforma del processo amministrativo, culminati nella legge n. 205 del luglio dello stesso anno; l'art. 10 ha operato una estensione dei poteri attribuiti al giudice dell'ottemperanza anche al giudice di primo grado, al quale il cittadino vittorioso deve rivolgersi per richiedere l'esecuzione della sentenza, qualora la P.A. non vi abbia provveduto.

" L'esercizio dei poteri inerenti al giudizio di ottemperanza " consente dunque al giudice l'esercizio di tutti quei poteri attinenti alla giurisdizione di merito elaborati dalla giurisprudenza amministrativa che, partendo da misure intimatorie, arrivano fino alla sostituzione degli atti emessi dall'amministrazione che risultino in contrasto con il *decisum* ed, addirittura, alla possibilità di sostituirsi alla P.A. inadempiente direttamente o attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

Nonostante questa equiparazione di poteri, conserva la sua rilevanza il differente presupposto del giudizio di esecuzione (sentenza provvisoriamente esecutiva) e di quello di ottemperanza (giudicato formale), circostanza che non solo rende, sul piano formale, i provvedimenti giudiziali emessi ai sensi dell'art. 10 temporalmente condizionati all'esito del giudizio di appello o al decorrere del tempo per il passaggio in giudicato della sentenza provvisoriamente esecutiva, ma può connotare in modo oggettivamente diverso i due giudizi.

L'individuazione del contenuto precettivo, infatti, e delle utilità garantite dal *decisum* risente inevitabilmente del livello di stabilità della decisione che si tratta di eseguire. D'altra parte, il termine "esecutività" significa solo che un atto giuridico è idoneo a produrre gli effetti che gli sono propri secondo l'ordinamento, mentre il termine "giudicato" contiene qualche cosa di più in termini di immutabilità del *decisum* e soprattutto di definitiva preclusione alla sua ulteriore messa in sede di discussione in sede di riesercizio del potere della P.A. in difformità alla irreversibile modifica sostanziale prodottasi nel mondo giuridico con il giudicato.

L'esecutività e la forza del giudicato non si differenziano sostanzialmente tra loro, in quanto entrambe consentono di porre in

atto la volontà del giudice consacrata nella sentenza, con la differenza però che mentre l'esecuzione in forza del giudicato determina una modificazione irreversibile nei rapporti fra le parti, l'esecuzione della sentenza in forza della sua semplice esecutività è per sua natura provvisoria, esistendo la possibilità che i risultati dell'esecuzione possano venire successivamente rimossi.

Se il giudicato fa nascere nell'autorità amministrativa l'obbligo di conformarsi ad esso, e se tale obbligo è riconducibile nell'ambito della sentenza amministrativa, esso non può non gravare sulla P.A. anche dopo la sentenza esecutiva, ma non ancora passata in giudicato <sup>5</sup> : in questa logica si inserisce l'art. 10 in commento.

Il controllo giudiziale sull'esercizio dell'obbligo di esecuzione a carico dell'amministrazione evidenzia che i due istituti in esame, seppur analoghi, possono avere svolgimenti diversi in ragione della particolarità dell'azione amministrativa che si proietta nel tempo, con limitazione di fatto degli strumenti a disposizione del giudice di primo grado a quelli di carattere più immediatamente esecutivo, rendendo viceversa più difficile o comunque perplesso l'esercizio di quei poteri (caratterizzanti da sempre il giudizio di ottemperanza) che presuppongono più accurate indagini, anche di carattere cognitivo.



Dunque, nonostante l'equiparazione di poteri ex art. 10 della legge n. 205 del 2000, si può affermare che la differenza tra esecuzione e ottemperanza permane sia nei presupposti sia nelle finalità.

---

<sup>5</sup> G. Giusti, *Della esecutività della sentenza amministrativa di primo grado*, Roma, 1979, 275.

## BIBLIOGRAFIA

Adamo C., *Giudizio di ottemperanza delle sentenze non passate in giudicato*, in Giust. amm., Roma, 2000, p. 803.

Arlini D., *Si estende l'orientamento dei tribunali amministrativi circa l'esecuzione di sentenze non passate in giudicato*, in Dir. proc. amm., Milano, 1988, p. 635.

Barbieri E.M., *Sull'esecutività della sentenza amministrativa di primo grado*, in Fo. amm., Milano, 1976, II, p. 2912.

Bartolomeo J. S., *In tema di ottemperanza al giudicato e di jus superveniens*, in Dir. proc. amm., Milano, 1995, p. 115.

Benvenuti F., *Giudicato (dir.amm.)*, in Enc. Dir., Milano, 1969, XVIII, p. 893.

Bonsignori A., *L'esecuzione forzata*, ed. Giappichelli, Torino, 1990.

Caianiello V., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino, 1988.

Calvieri C., *L'esecuzione delle sentenze di primo grado ex art. 10 l. 205 del 2000: una estensione del giudizio di ottemperanza o speciale procedimento cautelare in pendenza del ricorso in appello?*, in Giust. amm., Roma, 2001, p. 601.

Cammeo F., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in Giur. it., Torino, 1937, III, p. 66.

Cannada - Bartoli E., *Esecutività della decisione dei TAR ed obbligo di conformarsi al giudicato*, in Fo. amm., Milano, 1975, II, p. 71.

Capaccioli E., *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in Impr. Amb. e pubbl. amm., Milano, 1977, p. 4.

Carpi F., *La provvisoria esecutività*, ed. Giuffrè, Milano, 1979.

Caruso G., *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei TAR*, in Fo. amm., Milano, 1994, p. 2283.

Cassarino S., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 1995.

Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino, 1997.

Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, ed. Jovene, Napoli, I, 1935.

Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, ed. Cedam, Padova, 1989.

Correale G., *Inottemperanza e violazione del giudicato: problematicità di una distinzione*, in *Fo. amm.*, Milano, 1967, p. 143.

Corso G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, ed. Giuffrè, Milano, 1989.

Favara F., *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, in *Rass. Avv. Stato*, Milano, 1977, I, p. 492.

Follieri E., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in Dir. proc. amm., Milano, 1989, p. 649.

Forlenza O., *Sulle controversie non sospese ottemperanza al TAR*, in Guida al diritto, Milano, 30/2000, p. 86.

Francario F., *Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in Fo. amm., Milano, 1985, I, p. 746.

Francario F., *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in Dir. proc. amm., Milano, 1995, p. 277.

Gallo C. E., *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in Fo. it., Milano, 1980, III, p. 109.

Gallo C. E., *L'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato*, in Giorn. dir. amm., Milano, 2000, 1096.

Gallo C. E., *Primi orientamenti in tema di esecuzione delle sentenze dei TAR non passate in giudicato:commento*, Urbanistica e Appalti, Milano, 2002, p. 849.

Gargiulo U., *Sull'ammissibilità della domanda di sospensione*, in Fo. it., Milano, 1948, p. 183.

Garri F., *Il giudizio di ottemperanza*, in Fo. amm., Milano, 1984, p. 265.

Garri F., *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti*, in Guida al diritto, Milano, 30/2000, p. 607.

Gasparini Casari V., *Esecutività della sentenza amministrativa e giudizio di ottemperanza*, in Dir. proc. amm., Milano, 1983, p. 343.

Giacchetti S., *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in Dir. proc. amm., Milano, 1996, p. 458.

Giacchetti S., *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, in Fo. amm., Milano, 1986, p. 1970.

Giacchetti S., *Il giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa*, in Giur. amm. sic., Milano, 1988, II, p. 36.

Giacchetti S., *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A.*, in Cons. St., Milano, 1997, II, p. 499.

Giacchetti S., *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in Fo. amm., Milano, 1979, I, p. 2611.

Giorgianni F., *Tutela del creditore e tutela reale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., Milano, 1975, p. 853.

Giusti G., *Della esecutività della sentenza amministrativa di primo grado*, in Nuovo Diritto, Roma, 1979, p. 273.

Graziosi B., *Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado*, in Dir. proc. amm., Milano, 1997, p. 453.

Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, ed. Cedam, Padova, 1957.

Iaria D., *Il ricorso e la tutela contro il silenzio*, In Giorn. dir. amm., Milano, 2000, II, p. 1074.

Maffezzoni M., *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, in Fo. amm., Milano, 1986, I, p. 296.

Mandrioli C., *Diritto Processuale Civile*, ed. Giappichelli, Torino, 2002.

Marchetti B., *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, ed. Cedam, Padova, 2000.

Mazzarolli L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in Dir. proc. amm., Milano, 1990, p. 226.

Mele T., *Sulle pensioni Corte dei Conti in "monocratica"*, in Guida al diritto, Milano, 30/2000, p. 64.

Micozzi P., *Intorno ad alcune recenti decisioni in tema di esecutività della sentenza amministrativa*, in Dir. proc. amm., Milano, 1987, p. 163.



Migliarese F., *Esecutività delle sentenze dei TAR e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1985, p. 125.

Mignone C., *Diritto Amministrativo*, parte V, ed. Monduzzi, Bologna, 2001.

Monteleone G., *Condanna e titoli esecutivi*, in *Riv. dir. proc.*, Milano, 1990, p. 1075.

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, ed. Il Mulino, Bologna, 1994.

Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. civ.*, Milano, 1981, p. 1157.

Orlando V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1901.

Pajno A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Fo. amm.*, Milano, 1987, I, 1648.

Pelillo S., *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 1990.

Pelillo S., *Il ricorso avverso il silenzio della P.A.*, in Giust. amm., Roma, 2001, p. 1106.

Piga F., *Giudizio di ottemperanza e violazione del giudicato*, in Fo. amm., Milano, 1981, I, p. 242.

Pototschnig U., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, ed. Giuffrè, Milano, 1988.

Ranelletti O., *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle G.P.A.*, in Riv. trim. dir. pub., Milano, 1951, p. 80.

Rasi P., *L'esecuzione*, in Enc. dir., Milano, 1982, p. 448.

Romano S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1912.

Romeo G., *L'ottemperanza, oggi*, in Dir. proc. amm., Milano, 1988, p. 37.

Saitta N., *Evoluzione o crisi del giudizio di ottemperanza*, in Giust. amm., Roma, 2001, p. 300.

Saitta N., *Ricorsi contro il silenzio della P.A.: quale silenzio?*, in Giust. amm., Roma, 2001, p. 1012.

Sandulli A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, ed. Jovene, Napoli, 1963.

Sandulli A. M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice*, Dir. e società, Padova, 1982, p. 23.

Sandulli A. M., *Il processo amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 1959.

Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Jovene, Napoli, 1989.

Sassani B., *Il controllo del giudice dell'ottemperanza sull'attività del commissario ad acta*, in *Fo. amm.*, Milano, 1988, I, p. 899.

Sassani B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, ed. Cedam, Padova, 1989.

Sciullo G., *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1997, p. 64.

Scoca F. G. e D'Orsogna M., *Silenzio: clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1995, p. 415.

Tassone A. R., *Giudizio di ottemperanza e sentenze dei TAR*, in *Trib. amm. reg.*, Roma, 1975, II, p. 188.

Travi A., *Giudizio di ottemperanza e giurisdizione di merito*, in *Giorn. dir. amm.*, Milano, 1995, p. 981.

Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino, 1998.

Verde G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in Riv. trim. dir. proc. , Milano, 1980, p. 651.

Villata R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in Dir. proc. amm., Milano, 1971, p. 4.

Villata R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in Dir. proc. amm., Milano, 1989, p. 369.

Vipiana P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 1990.

Virga P., *Diritto Amministrativo – Atti e ricorsi*, ed. Giuffrè, Milano, 2001.

## RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

*Cons. Stato, sez. IV, 10 aprile 1963, n. 240* in Cons. St., 1963, I, p. 525.

*Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901* in Cons. St., 1971, I, p. 230.

*Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 1977, n. 692* in Cons. St., 1977, I, p. 1186.

*Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 1978, n. 1093* in Cons. Stato, 1978, I, p. 1511.

*Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 1979, n. 12* in Cons. St., 1979, I, p. 321.

*Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 1980, n. 2* in Cons. St., 1980, I, p. 43.

*Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 1981, n. 27 in Fo. amm., 1981, I, p. 238.*

*Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 1982, n. 41 in Cons. St., 1982, I, p. 59.*

*Cons. Stato, Ad. Plen., 30 aprile 1982, n. 6 in Cons. St., 1982, I, p. 413.*

*Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1982, n. 463 in Cons. St., 1982, I, p. 824.*

*Cons. Stato, sez. IV, 4 ottobre 1982, n. 643 in Cons. St., 1982, I, p. 1809.*

*Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 1984, n. 344 in Fo. amm., 1984, p. 866.*

*Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 1985, n. 259 in Cons. St., 1985, I, p. 720.*

*Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 1986, n. 297 in Cons. St., 1986, I, p. 841.*

*Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1987, n. 297 in Cons. St., 1987, I, p. 689.*

*Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 1993, n. 774 in Cons. St., 1993, I, p. 927.*

*Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41 in Giorn. dir. amm., 1995, p. 976.*

*Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997, n. 363 in Fo. amm., 1997, p. 1096.*

*Cons. Stato, Ad. Plen., 19 maggio 1997, n. 9 in Cons. St., 1997, I, p. 633.*

*Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1997, n. 1145 in Fo. amm., 1997, p. 1287.*

*Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 1998, n. 39 in Cons. St., 1998, p. 234.*



*Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 1998, n. 1313 in Cons. St., 1998, I, p. 1296.*

*Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 1998, n. 1317 in Cons. St., 1998, I, p. 1386.*

*Cons. Stato, sez. IV, 23 ottobre 1998, n. 1376 in Cons. St., 1998, I, p. 1553.*

*Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 1999, n. 222 in Cons. St., 1999, I, p. 384.*

*Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1999, n. 249 in Fo. amm., 1999, p. 693.*

*Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 1999, ord. n. 767 in Cons. St., 1999, p. 790*

*Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 1999, n. 933 in Cons. St., 1999, I, p. 837.*

*Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2293 in Cons. St., 2000, I, p. 999.*

*Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2000, n. 2592 in Cons. St., 2000, I, p. 1386.*

*Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2000, n. 2721 in Cons. St., 2000, I, p. 1201.*

*Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2000, n. 2875 in Cons. St., 2000, I, p. 1266.*

*Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1949 in Giorn. dir. amm., 2001, p. 618.*

*Cons. Stato, Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n. 1 in Cons. St., 2002, p. 149.*

*Cons. reg. sic., 21 dicembre 1982, n. 92 in Fo. amm., 1983, I, p. 372.*

*G. C. A., 18 maggio 1994, n. 358 in Giur. amm. sic., 1996, p. 372.*

*Corte Cost.*, 12 dicembre 1998, n. 406, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3479.

*Corte Conti*, sez. II, 27 febbraio 1967, n. 23443 in *Fo. amm.*, 1967, p. 143.

*Cass., S. U.*, 5 novembre 1973, n. 2863 in *Giur. it.*, 1974, p. 135.

*TAR Piemonte*, 28 gennaio 1976, n. 31 in *Trib. amm. reg.*, 1976, I, p.323.

*TAR Lazio*, sez. I, 22 gennaio 1977, n. 648 in *Trib. amm. reg.*, 1978, p. 566.

*TAR Lazio*, sez. II, 17 febbraio 1982, n. 193 in *Fo. amm.*, 1982, I, p. 765.

*TAR Lazio, sez. II, 31 marzo 1982, n. 386 in Dir. proc. amm., 1982, p. 343.*

*TAR Campania, Napoli, 31 marzo 1983, n. 311 in Trib. amm. reg., 1983, I, p. 1664.*

*TAR Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1984, n. 126 in Trib. amm. reg., 1984, I, p. 2109.*

*TAR Abruzzo, L'Aquila, 3 novembre 1984, n. 573 in Trib. amm. reg., 1985, I, p. 230.*

*TAR Emilia Romagna, Bologna, 3 gennaio 1985, n. 1 in Trib. amm. reg., 1985, I, p. 961.*

*TAR Lazio, 27 febbraio 1986, n. 252 in Trib. amm. reg., 1986, I, p. 911.*

*TAR Lazio, sez. I, 16 novembre 1987, n. 1723 in Trib. amm. reg., 1987, I, p. 3939.*

*TAR Veneto, sez. I, 10 ottobre 1988, n. 820 in Fo. amm., 1989, p. 2799.*

*TAR Lazio, sez. I, 23 novembre 1989, n. 1075 in Fo. it., 1991, III, p. 309.*

*TAR Piemonte, sez. II, 27 ottobre 1995, n. 569 in Rass. Dir. farm., 1995, p. 885.*

*TAR Lazio, sez. I, 25 marzo 2000, n. 2275 in Trib. amm. reg., 2000, I, p. 1763.*

*TAR Toscana, sez. II, 7 novembre 2000, n. 2281 in Giorn. dir. amm., 2001, p. 178.*

*TAR Lazio, sez. II, 8 febbraio 2001, n. 1015 in Giorn. dir. amm., 2001, p. 403.*

*TAR Puglia, Lecce, 16 marzo 2001, n. 1162 in Trib. amm. reg., 2001, I, p. 1960.*

*TAR Puglia, Bari, sez. II, 29 marzo 2001, n. 841 in Fo. amm., 2002, p. 1022.*

*TAR Lombardia, sez. II, 31 luglio 2001, n. 5325 in Fo. amm., 2001, p. 2426.*

*TAR Friuli-Venezia Giulia, 8 marzo 2002, n. 112 in Giorn dir. amm., 2002, p. 527.*

## RIFERIMENTI NORMATIVI

Legge 1° maggio 1890 n. 6837:

Istituzione della Giunta provinciale amministrativa

R.d. 17 agosto 1907 n. 642:

Approvazione del regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

T.u. 26 giugno 1924 n. 1054:

Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato

Legge 6 dicembre 1971 n. 1034:

Istituzione dei Tribunali amministrativi regionali

Legge 21 luglio 2000 n. 205:

Disposizioni in materia di giustizia amministrativa





