

## Corso on - line intensivo REFERENDARIO TAR 2018 - IV ed.

### Lezione AP-05

### Il nuovo volto dell'esecuzione giurisdizionale nel codice del processo amministrativo

Sommario: 1. Premessa; 2. Giudicato a formazione progressiva: Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2 e Cons. St. Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11 a confronto. Quali effetti in caso di contrasto tra giudicato e sentenze della C.G.U.E.?; 2.1 Brevi considerazioni sulla natura del giudizio di ottemperanza (Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2).; 2.2 Dinanzi a quale giudice debbono essere prospettate le doglianze relative alla riedizione del potere? (Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2); 2.3 È ancora condivisibile l'orientamento secondo cui il giudizio di ottemperanza realizza un giudicato a formazione progressiva? (Cons. di St., ord. Sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587); 2.4 Consiglio di Stato Ad. Plen., 9 giugno 2016 n. 11; 3. Questioni applicative: 3.1 È possibile dedurre con una memoria difensiva l'elusione del giudicato se l'atto sopravvenuto sia stato emesso dopo la proposizione del ricorso per ottemperanza? (Consiglio di Stato, Sez. III, 22 giugno 2016, 2769).; 3.2 Principio del *one shot*: l'amministrazione all'indomani del giudicato ha soltanto una possibilità di indicare nuove ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza? (Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2016, n. 4566); 4.2 Esecuzione del giudicato del giudice ordinario (T.A.R. Campania, Sez. IV, 15/04/2016 n. 1864); 4.3 Esecuzione delle sentenze dei giudici speciali, della decisione resa su ricorso straordinario e dei lodi arbitrali (Ad. Plen. 6/5/2013, n. 9); 4.4 Esecuzione delle misure cautelari; 5. È possibile utilizzare il rimedio offerto dal giudizio di ottemperanza per portare a esecuzione le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo? (Cons. di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2866); 6. È ammissibile la revocazione del giudicato amministrativo quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo? (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ord. 4 marzo 2015, n. 2); 7. Nella fase di ottemperanza ad una sentenza avente ad oggetto una domanda demolitoria di atti concernenti una procedura espropriativa, rientra tra i poteri sostitutivi del giudice, e per esso, del commissario *ad acta*, l'adozione della procedura semplificata di cui all'art. 42-bis t.u. espr.? (Cons. di Stato, Ad. Plen., 9/2/2016, n. 2); 8. Rito sul silenzio e ottemperanza anomala: quali i limiti al potere sostitutivo del commissario *ad acta*? (Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione 09 febbraio 2016, n.532); 9. L'atto istruttorio del commissario *ad acta* è reclamabile ex art. 114 c. 6 CPA? (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 628); 10. *Astreintes*: è ammissibile la comminatoria delle penalità di mora, di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, nel caso in cui il ricorso per ottemperanza venga proposto in ragione della non esecuzione di una sentenza che abbia imposto alla pubblica amministrazione il pagamento di una somma di denaro? (Ad. Plen., Cons. St., 25 giugno 2014, n. 15); 11. Recenti questioni giurisprudenziali: a) la nomina del commissario *ad acta* e l'*astreinte* sono rimedi alternativi? (Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3945); b) l'*astreinte* può essere disposta ex officio? (Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2016, n. 3732); 12. In quali casi è ammessa, nel giudizio di ottemperanza, la proposizione di una domanda risarcitoria? (Cons. Stato Sez. IV, 16.1.2013, n. 258); 13. La tutela risarcitoria nel caso di giudicato impossibile da eseguire; 14. I principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria sono suscettibili di passare in giudicato?

#### 1. Premessa

L'attuazione dei provvedimenti assunti dal giudice amministrativo è garantita attraverso il rimedio dell'ottemperanza di cui agli artt. 112 e ss. del codice del processo amministrativo. In particolare l'azione per l'ottemperanza può essere proposta al fine di conseguire l'attuazione di un provvedimento giurisdizionale passato in giudicato che necessiti di un'attività materiale o giuridica da parte della pubblica amministrazione. Tra i presupposti del giudizio di ottemperanza si annoverano, pertanto, il giudicato (o una sentenza esecutiva del g.a.), la

necessità che la P.A. vi dia attuazione e, infine, l'inerzia dell'amministrazione stessa a fronte del provvedimento giurisdizionale.

I provvedimenti di cui può essere richiesta l'attuazione sono enumerati dall'art. 112 c.p.a. e consistono in sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, sentenze esecutive e altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza e infine lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili.

Alla luce dell'elenco di cui sopra emerge in primo luogo che il rimedio dell'ottemperanza è esperibile non soltanto ove si sia formato il giudicato, ma anche in presenza della sola sentenza di primo grado, *ex lege* provvisoriamente esecutiva qualora non sospesa dal Consiglio di Stato, ovvero dell'ordinanza cautelare mentre, è da notare, che invece per l'ottemperanza delle sentenze del giudice ordinario e dei giudici speciali resta fermo il presupposto del passaggio in giudicato. In seguito alle modifiche apportate al d.p.r. n. 1199/1971 dall'art. 69 l. n. 69/2009 anche il decreto decisorio del ricorso straordinario può essere portato ad esecuzione ai sensi degli artt. 112 e ss. c.p.a., essendo stato assimilato da parte di giurisprudenza costante ad un provvedimento giurisdizionale.

L'azione si propone con ricorso notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta. In questo modo appare evidente che il legislatore abbia voluto espungere i due tradizionali requisiti della diffida a provvedere e della perdurante inottemperanza in seguito alla messa in mora.

Il termine per proporre il giudizio è quello ordinario della c.d. *actio iudicati* civile previsto dall'art. 2953 c.c. (l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza); in questo modo il codice sembra recepire la prevalente interpretazione secondo cui il giudizio di ottemperanza non è un rimedio impugnatorio in quanto la regola iuris del caso concreto è oramai formata, ma è lo strumento giuridico per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto risultante dal giudicato.

Quanto all'ottemperanza di sentenze del giudice ordinario o di giudici speciali, ovvero di lodi arbitrali, occorre precisare che l'azione di ottemperanza può essere esercitata soltanto a condizione che una pubblica amministrazione o un soggetto a essa equiparato abbia partecipato al giudizio. Il ricorso, inoltre, non può essere proposto da soggetti che non siano stati parte del processo di cognizione, questo perché non è consentito impiegare lo strumento dell'ottemperanza per ottenere una estensione soggettiva del giudicato (cfr. Cons. St., Sez. VI, 21 marzo 2016, n. 1163).

Da osservare che il legislatore pone l'obbligo di esecuzione dei provvedimenti del g.a. in capo all'amministrazione e alle "altre parti" del giudizio ex art. 112 cit. Se il riferimento alla pubblica amministrazione non pone dubbi alla luce del dettato di cui all'art. 7 c.p.a. (dunque da intendersi come comprensivo di tutte le amministrazioni, enti pubblici e società con totale o prevalente capitale pubblico), l'estensione del dovere di esecuzione a soggetti diversi dalla P.A. suscita più di una perplessità. Questo perché il g.a., a fronte di una condanna ad un *facere* infungibile, non può esercitare nei confronti dei privati quei poteri sostitutivi di cui gode con riferimento alle amministrazioni; certo è che alla previsione va comunque riconosciuto il merito di avere garantito una migliore attuazione del principio di effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost., ribadito dalla lettera dell'art. 1 del codice del processo amministrativo.

Quanto al presupposto dell'azione di ottemperanza si è detto che esso è dato dall'**inerzia della pubblica amministrazione**. Sul punto occorre distinguere due ipotesi: l'inerzia può infatti consistere tanto nell'esplicita dichiarazione di non voler ottemperare che nella mera inosservanza del provvedimento, sia totale che parziale. A ciò si aggiunga inoltre che tale inosservanza ricorre sia quando la P.A. abbia adottato un provvedimento in diretto contrasto con la pronuncia, c.d. violazione di giudicato, che nelle ipotesi in cui l'amministrazione via abbia solo apparentemente dato attuazione, di fatto eludendo il giudicato:

*"Nel giudizio di ottemperanza può essere dedotta come contrastante con il giudicato non solo l'inerzia della p.a., ossia il non facere (inottemperanza in senso stretto), ma anche il facere, quando un comportamento attivo realizzi un'ottemperanza parziale o inesatta, ovvero la violazione o l'elusione attiva del giudicato. L'ottemperanza, infatti, deve per sua natura consistere nell' "attuazione del giudicato" e deve essere "esatta" e dunque anche un'ottemperanza parziale o non corretta, o elusiva, o in violazione della regola del giudicato,*

*rientra - indipendentemente dal suo carattere attivo - nella nozione di inottemperanza, analogamente all'inerzia" [Cons. St., Sez. VI, 12 dicembre 2011 n. 6501].*

**L'oggetto del giudizio è costituito dalla verifica di esatto adempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo derivante dal giudicato**, si tratta in altri termini di vagliare se la P.A. abbia attribuito all'interessato quella utilità riconosciutagli in sede di cognizione.

La competenza del g.a. in sede di ottemperanza, ripartita tra T.A.R. e Consiglio di Stato, è di tipo funzionale e ha, quindi, carattere inderogabile. Questa regola è stata positivizzata dall'art. 14, comma 3 del codice, dove si dispone che **"la competenza è funzionalmente inderogabile** per i giudizi di cui agli artt. 113 e 119". In forza del successivo art. 16 inoltre "il difetto di competenza inderogabile è rilevabile, anche di ufficio, con ordinanza, che indica il giudice competente".

L'art. 113, co. 1, c.p.a. a conferma del precedente regime, stabilisce che la competenza è dello stesso giudice (T.A.R. o Consiglio di Stato) che ha adottato la pronuncia della cui esecuzione si tratta. Si osservi che se la pronuncia del T.A.R. è stata confermata dal Consiglio di Stato con motivazione equivalente resta ferma la competenza del giudice di prime cure; la *ratio* delle previsioni risiede nella presunzione di maggiore idoneità dell'organo che ha emesso il provvedimento a darvi attuazione.

La trattazione del giudizio di ottemperanza avviene in camera di consiglio ai sensi dell'art. 87, co. 2, lett. d), c.p.a. e, c.p.a. come specificato dalla stessa norma, l'erronea trattazione in pubblica udienza non può mai costituire motivo di nullità della decisione.

In sede di decisione della domanda di ottemperanza il giudice amministrativo può definire il giudizio con ordinanza, questo nel caso in cui sia chiesta l'esecuzione di un'ordinanza, ovvero, in omaggio al principio della sinteticità degli atti, con sentenza in forma semplificata, la quale può essere di rito o di merito.

Com'è noto le sentenze di merito possono essere di rigetto o di accoglimento; in caso di accoglimento il giudice, ex art. 114, co. 4, c.p.a., ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità anche mediante la determinazione del contenuto del futuro provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione e dichiara nulli altresì gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato. Anche nel caso di ottemperanza a sentenze non passate in giudicato o ad altri provvedimenti, il giudice determina le modalità esecutive e dichiara l'inefficacia degli atti emessi in violazione o elusione, nominando ove occorra un commissario *ad acta*. Sempre in forza dell'art. 114 cit. il giudice può fissare su richiesta di parte una somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato - salvo che ciò sia manifestamente iniquo e se non sussistano altre ragioni ostative - e fornisce, secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 112 c.p.a., i chiarimenti richiesti in ordine alle modalità dell'ottemperanza.

Con riguardo a quest'ultima azione si rileva che **il ricorso "per ottenere chiarimenti"** ha delle sue particolari specificità che conferiscono a tale strumento una natura giuridica diversa dall'azione di ottemperanza classica: mentre l'azione di ottemperanza è esperita dalla parte vittoriosa nel giudizio di cognizione o in altro giudizio ad essa equiparabile, nella fattispecie è invece l'amministrazione soccombente a proporre ricorso. La giurisprudenza in particolare ha precisato che il rimedio ex art. 112, comma 5, c.p.a., ancorché attratto nel giudizio di ottemperanza, attiene al più vasto ambito di conformazione della successiva azione amministrativa, in dipendenza del giudicato medesimo. Trattasi dunque di un'azione esecutiva di accertamento volta a eliminare possibili incertezze nella fase di attuazione del rapporto processuale definito con la sentenza passata in giudicato (cfr. Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472). Ne deriva che *"i quesiti interpretativi da sottoporre al giudice dell'ottemperanza, dunque, devono attenersi alle modalità dell'ottemperanza e devono avere i requisiti della concretezza e della rilevanza, non potendosi sottoporre al giudice dell'ottemperanza questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione del giudicato"* (Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409, conf. Cons. St., Sez. VI, 25 ottobre 2012, n. 5469).

Infine, si rammenta che il giudice adito per l'ottemperanza può pronunciare, su domanda di parte, **sentenza di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato** della sentenza, nonché al risarcimento

dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione.

In definitiva il giudice dell'ottemperanza può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che ordinatori e cassatori sì da integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non una "mera esecuzione" ma "attuazione" in senso stretto, dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva, tipico del giudizio amministrativo.

Il giudice è così abilitato a sostituirsi all'autorità amministrativa inadempiente, ben potendo porre in essere l'attività che la medesima avrebbe dovuto realizzare; quanto detto resta valido anche per le ipotesi in cui l'esecuzione necessiti dell'adozione di atti amministrativi implicanti l'uso della discrezionalità amministrativa.

## **2. Giudicato a formazione progressiva: Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2 e Cons. St. Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11 a confronto. Quali effetti in caso di contrasto tra giudicato e sentenze della C.G.U.E.?**

### **2.1 Brevi considerazioni sulla natura del giudizio di ottemperanza (Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2).**

La natura del giudizio di ottemperanza appare di difficile definizione a causa dell'incerta linea di demarcazione tra questo e il giudizio di cognizione.

In proposito si rende necessaria una precisazione di ordine generale: il giudicato amministrativo di rado realizza ex se l'esauritiva disciplina del rapporto controverso, in quanto richiede generalmente il ri-esercizio dell'attività amministrativa, quest'ultima spesso caratterizzata dalla presenza di margini di discrezionalità più o meno ampi. In altre parole il giudicato amministrativo presuppone un'attività ulteriore e futura della P.A. e pertanto, laddove la sentenza non attenga ai presupposti della pretesa, esso non realizza il diretto riconoscimento del bene della vita cui il privato aspira, configurandosi piuttosto come un comando "a formazione progressiva".

Si aggiunge a ciò un ulteriore profilo di non poco rilievo e cioè che **il giudicato si forma unicamente sui motivi prospettati ed accolti**: nel rito amministrativo non trova, infatti, applicazione il principio di matrice civilistica secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Ciò può essere compreso soltanto alla luce della natura originariamente demolitoria di questo giudizio, nel quale l'effetto dell'annullamento è tuttora strettamente correlato ai motivi adottati dal ricorrente.

Quanto detto induce l'interprete a interrogarsi sulla sorte dei provvedimenti sfavorevoli e successivi al giudicato al fine di appurare se essi integrino una violazione o un'elusione del precedente provvedimento giurisdizionale, o se invece possano al più realizzare nuovi e autonomi profili di illegittimità. Inutile dire che in base alla risposta data diverso sarà l'effetto in punto di tutela: nell'un caso occorrerà instaurare un giudizio per ottemperanza, nell'altro di cognizione.

La questione è rilevante anche al fine stabilire quali poteri siano esercitabili da parte del giudice, in quanto è ad esso attribuita la giurisdizione estesa al merito solo nel giudizio di ottemperanza e non anche in quello ordinario di cognizione. Sicché da un lato, ove venisse inesattamente qualificata come violazione o elusione del giudicato un'autonoma violazione, il giudice dell'ottemperanza che avesse considerato l'azione ammissibile incorrerebbe in un eccesso di potere giurisdizionale, avendo appunto esercitato un non consentito potere di merito; dall'altro lato, ove venisse inesattamente qualificata come autonoma violazione quella che è invece una elusione o violazione del giudicato (e dunque l'azione di ottemperanza venisse indebitamente ritenuta inammissibile), il giudice incorrerebbe in responsabilità per diniego di giustizia, stante il mancato esercizio del sindacato di merito ad esso demandato.

Al problema può essere data risposta soltanto valutando quali siano i limiti frapposti all'esercizio del potere amministrativo all'indomani del giudicato.

Si osservi che il giudicato può produrre, a seconda dell'interesse sotteso alla domanda, due effetti sul ri-esercizio del potere amministrativo: l'**effetto conformativo**, vale a dire l'onere che impone alla P.A. di attenersi alle prescrizioni giurisdizionali e di darvi realizzazione, e l'**effetto preclusivo**, in forza del quale si impedisce all'amministrazione di adottare un atto avente i medesimi vizi del provvedimento caducato; quest'ultimo costituisce un corollario del

principio del *ne bis in idem* la cui violazione è causa di nullità (appunto, violazione di giudicato). Il giudicato di annullamento non pregiudica il potere di riedizione spettante all'amministrazione la quale, tuttavia, nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni deve attenersi alla regola del caso concreto così come enucleata dal g.a. in sentenza, non potendo in sostanza reiterare il provvedimento già annullato. Qualora l'amministrazione dovesse discostarsi dalla sentenza verrebbero, come detto, a configurarsi alternativamente le ipotesi di violazione o elusione di giudicato con la conseguenza della nullità degli atti adottati.

La questione controversa afferente al rapporto tra giudicato e riesercizio del potere è stata sottoposta all'Adunanza Plenaria, la quale si è pronunciata assumendo come punto di partenza la pretesa azionata.

È noto infatti che a seconda del tipo di domanda prospettata, tesa ad ottenere la conservazione o l'ampliamento della sfera giuridica del ricorrente, e dei vizi dedotti, la sentenza del giudice amministrativo assume caratteri peculiari: la natura poliforme del giudicato amministrativo risiede nella capacità di rispondere differentemente a domande ontologicamente diverse. Nel caso in cui sia azionato un interesse oppositivo la pronuncia, guardando al passato, avrà l'effetto dell'eliminazione dell'atto illegittimo, nell'ipotesi diversa e contraria in cui sia invece prospettata una pretesa, il giudice dovrà spingersi ben oltre, indagando sul fatto, senza limitarsi all'atto ed eventualmente vincolare l'amministrazione ad un *facere*.

Sulla scorta di tali argomentazioni si osserva che **il processo amministrativo non può più risolversi in un mero giudizio sull'atto, costituendo altresì un esame del fatto concreto sotteso al provvedimento impugnato**; appare dunque chiaro che la pronuncia, ove relativa alla sussistenza dei presupposti, dovrà necessariamente vincolare la successiva attività amministrativa. Ciò trova chiara conferma nella giurisprudenza sovranazionale: al riguardo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella decisione *Zazanis c. Grecia* ha infatti affermato che la pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni non può discostarsi da quanto accertato in sede giurisdizionale. Quanto detto non deve però essere interpretato come un divieto generalizzato di riedizione del potere: l'Adunanza Plenaria chiarisce infatti che il principio di effettività della giustizia amministrativa non impedisce alla P.A. di valutare differentemente situazioni che direttamente o indirettamente siano coinvolte nel giudicato. Diversamente opinando ne risulterebbe un annichilimento del potere amministrativo, del buon andamento e delle funzioni dell'amministrazione. Occorre quindi assumere i giusti accorgimenti affinché il pubblico potere sia al contempo rispettoso dei vincoli disposti in sede giurisdizionale e libero di rieditarsi.

Si riporta un passaggio significativo della pronuncia ora in commento:

*" (...) l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza.*

*La questione si pone invece ove la riedizione del potere (come nel caso in esame) si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice.*

*In tal caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice.*

*E' ben consapevole l'adunanza delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposto dalle pur rilevanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come attestato dalla disciplina della materia in Paesi dell'Unione europea a noi più vicini (si pensi alla Francia ed alla Germania) nei confronti dei quali possiamo vantare un sistema di esecuzione del giudicato amministrativo - l'ottemperanza appunto - sicuramente più avanzato.*

*Ma va subito aggiunto che la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli".*

A tal proposito il Supremo Consesso ha chiarito che il principio secondo cui **il giudicato copre il dedotto e il deducibile** deve essere rimeditato e adattato al giudizio amministrativo: l'amministrazione nella complessa attività di contemperamento degli interessi coinvolti, pur potendo compiere nuove valutazioni, deve attenersi ai fatti accertati in giudizio in un'ottica evolutiva. La P.A. non potrà infatti reiterare il provvedimento negativo alterando la valutazione dei fatti (ad esempio profilando un nuovo e diverso vizio) in quanto ciò sarebbe indice di una amministrazione irrazionale ed imprevedibile, che si sottrae volutamente al proprio dovere di dare esecuzione al giudicato.

Quanto detto trova conferma nella lettera dell'art. 112, co. 1, c.p.a., in forza del quale si impone alle parti del giudizio di dare attuazione alla sentenza secondo buona fede; tale obbligo pare, peraltro, più pregnante nei confronti dell'amministrazione, chiamata a dare soddisfazione al pubblico interesse senza frapporre alcuna attività elusiva.

Alla luce di tali considerazioni è dunque possibile cogliere il *discrimen* tra gli atti violativi ovvero elusivi del giudicato da un lato e i provvedimenti che invece realizzino nuovi ed autonomi profili di illegittimità dall'altro. Appare infatti chiaro che esso risiede nell'estensione della pronuncia: qualora l'esame del giudice si sia spinto fino ad accertare la sussistenza dei presupposti della pretesa l'atto amministrativo successivo al giudicato presumibilmente integrerà una violazione od elusione; al contrario restano area di libera espressione della discrezionalità quegli aspetti non direttamente o indirettamente coperti dal giudicato.

## **2.2 Dinanzi a quale giudice debbono essere prospettate le doglianze relative alla riedizione del potere? (Cons. St. Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2).**

Ciò detto occorre interrogarsi sulla sorte di quegli atti che, seppure non lesivi del giudicato, impediscono parimenti la piena soddisfazione della pretesa del ricorrente

Sul piano della tecnica processuale ciò si traduce nell'ulteriore questione posta al vaglio dell'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 2/2013 riguardante **l'individuazione del giudice competente a conoscere degli atti successivi al giudicato di annullamento.**

L'incertezza normativa sul tema aveva infatti originato una prassi anomala che consisteva nell'esercizio contestuale di due azioni, l'una di cognizione e l'altra di ottemperanza, incardinando due diversi processi. Il Supremo Consesso, investito della questione, viene dunque chiamato a pronunciarsi circa la possibilità di concentrare tutte le questioni sorte dopo il giudicato nell'ambito del giudizio dell'ottemperanza.

Il problema non appare di piana soluzione e necessita di ulteriori chiarimenti in ordine alla natura del giudizio di ottemperanza, definito dall'Adunanza Plenaria polisemico. **La polisemicità dell'ottemperanza** consiste nella possibilità riconosciuta al ricorrente di esercitare in detta sede azioni dai contenuti e presupposti notevolmente differenziati e che non si risolvono nella mera azione di esecuzione della sentenza: la domanda del ricorrente può infatti essere rivolta ad ottenere il risarcimento dei danni per mancata esecuzione in forma specifica (sia essa parziale o totale) ex art. 112, co. 3, c.p.a., la condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato ex art. 114 c.p.a., la declaratoria della nullità di atti violativi od elusivi (anche al fine del risarcimento dei danni) ex art. 114, co. 4, c.p.a.; senza dimenticare infine che l'esecuzione può essere richiesta oltre che per le pronunce del g.a. anche per le sentenze passate in giudicato altri provvedimenti equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza ex art. 112, co. 2, c.p.a. ed infine per ottenere chiarimenti ex art. 112 co. 3, c.p.a..

Il profilo che accomuna tutte queste diverse domande risiede nell'esistenza di una sentenza passata in giudicato, nella necessità di darvi attuazione oltreché nella riconosciuta competenza a conoscerne in capo al giudice dell'ottemperanza. Sulla scorta di tali considerazioni l'Adunanza Plenaria, secondo le precisazioni che poi si diranno, riconosce la possibilità di concentrare l'esame delle questioni relative alla patologia che inficia l'atto amministrativo successivo al giudicato all'interno del giudizio dell'ottemperanza; ciò trova conferma implicita nel combinato disposto degli artt. 70 e 32 c.p.a. che disciplinano rispettivamente la riunione per ragioni di connessione e il cumulo di domande connesse, ma anche nel principio generale di effettività della tutela giurisdizionale. *A fortiori* si aggiunge che il giudice dell'ottemperanza, oltre ad essere il giudice naturale dell'esecuzione del giudicato, è anche il giudice competente della più grave patologia dell'atto dedotta, quale la nullità.

Si riporta un passaggio della pronuncia ora in commento:

*"In conclusione, l'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. cpa (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, co. 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del "giudizio" e dell' "azione di ottemperanza", dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 cpa, deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto."*

Nella sentenza n. 2/2013 vengono inoltre chiarite le concrete modalità attraverso cui il giudice dell'ottemperanza è chiamato ad esaminare le domande: questi è in primo luogo tenuto a definire la natura delle questioni prospettate, distinguendo ciò che attiene direttamente all'ottemperanza da quel che invece afferisce alla mera riedizione del potere amministrativo; successivamente deve invece valutare se il nuovo provvedimento configuri una violazione o elusione del giudicato, dichiarando in caso di riscontro positivo la nullità del provvedimento e l'improcedibilità delle ulteriori questioni per sopravvenuta carenza di interesse. In caso di rigetto si impone al contrario la conversione della domanda ai fini della riassunzione della stessa dinanzi al giudice della cognizione ex art. 32, co. 2, c.p.a.; in questo caso il termine dell'azione resta necessariamente quello tipico dell'impugnazione di cui all'art. 41 c.p.a. con esclusione di quello decennale dell'*actio iudicati*.

### **2.3 È ancora condivisibile l'orientamento secondo cui il giudizio di ottemperanza realizza un giudicato a formazione progressiva? (Cons. di St., ord. Sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587).**

L'esame della pronuncia del Consiglio di Stato (Ad. Plen. 2/2013) ha permesso di chiarire che **il giudizio di ottemperanza ha una consistenza variabile**, ricomprendente una pluralità di configurazioni che mutano in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato. Ciò fa sì che esso assuma talvolta natura di semplice giudizio esecutivo, in tutto simile al procedimento di cui all'esecuzione civile (si pensi al caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi siano esigenze di tipo cognitorio). In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a realizzare operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimentale dell'Amministrazione; infine può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile (cfr. Corte Cost. 12 dicembre 1998, n. 406).

Ne deriva che in sede di giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera esecuzione, ma attuazione in senso stretto, dando così luogo al **c.d. "giudicato a formazione progressiva"** (da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 748; principio da ultimo autorevolmente confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2).

Paiono opportune alcune precisazioni al fine di comprendere il significato da attribuirsi all'espressione di cui sopra.

Si è detto che il giudicato nella generalità dei casi non esaurisce affatto il potere amministrativo ma vi impone un vincolo conformativo: il potere va dunque esercitato nel rispetto della pronuncia, senza reiterazione dei vizi già accertati nella fase di cognizione e nell'osservanza dei principi scanditi dall'art 97 Cost. e dalla C.E.D.U.. A garanzia di ciò grava sull'attività, frutto del ri-esercizio del *munus publicum*, una verifica successiva a quella attuata

dal giudice amministrativo con il primo giudizio e, appunto, volta a verificare il rispetto da parte dell'amministrazione stessa di tutti gli effetti discendenti dal giudicato. Tale controllo compete allo stesso giudice amministrativo, il quale valuta l'attuazione del giudicato attraverso i poteri attribuiti in sede di ottemperanza, cioè i poteri di cognizione, di esecuzione in senso stretto, di adattamento dell'attività amministrativa successiva alla pronuncia, di definizione delle modalità di attuazione del giudicato e, in caso di inattività della P.A., di nomina di commissari *ad acta*.

È dunque evidente che attraverso il giudizio di ottemperanza il giudicato amministrativo viene meglio precisato, completato, in qualche misura attuato e non meccanicamente eseguito: in siffatta capacità di definizione e concretizzazione del *decisum* risiede il significato da attribuire al c.d. giudicato a formazione progressiva.

Su tale concetto si è recentemente soffermata la quinta Sezione del Consiglio di Stato che, adita in merito all'attualità di una simile teoria alla luce delle riforma del processo amministrativo ad opera del dlgs. N. 104/ 2010, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria. Il problema relativo alla natura della pronuncia conclusiva del giudizio di ottemperanza non è di poco conto: secondo la teoria del giudicato a formazione progressiva, come visto, il potere del giudice in sede di ottemperanza non si esaurisce in una mera esecuzione con l'effetto che la pronuncia che definisce il giudizio ex art. 112 c.p.a. integra il giudicato della cognizione e ne assume la stessa consistenza, diventando cioè intangibile.

Il primo quesito formulato dalla sezione rimettente è dunque il seguente:

*"(...) occorre previamente interrogarsi, dal punto di vista del diritto, sulla natura del giudicato a formazione progressiva, al fine di verificare, in primo luogo, se nel corrente quadro giuridico del processo amministrativo tale concetto sia ancora attuale; e, in secondo luogo, subordinatamente, per precisare il concetto medesimo allo scopo di stabilire se il dictum della sentenza 15 aprile 2010, n. 2153 abbia comportato e contenga soltanto misure esecutive, e quindi, sempre revocabili, ovvero sia idoneo ad integrare il giudicato della sentenza di cognizione 1° agosto 2007, n. 4267 e, come tale, avendo natura di giudicato, risulti intangibile".*

*"Ritenuto, quanto alla questione dell'attualità del concetto di giudicato a formazione progressiva, che si debba verificare se, dopo la riforma del processo amministrativo attuata con l'adozione del relativo codice e l'introduzione di azioni processuali prima non riconosciute dal sistema processuale amministrativo, abbia ancora senso fare riferimento all'istituto in esame che è stato elaborato dalla giurisprudenza proprio per sopperire alle limitazioni proprie del processo amministrativo originario, centrato sulla sola azione di annullamento del provvedimento illegittimo; oppure se debba farsi riferimento ad un concetto di giudicato omologo a quello civilistico ed incentrato sul dictum contenuto nella sola sentenza di merito".*

*"Ritenuto, quanto alla questione del rapporto tra statuizioni della sentenza di ottemperanza suscettibili di passare in giudicato (a formazione progressiva) e mere misure esecutive, che occorra stabilire in astratto uno o più criteri, certi e ripetibili, per definire il discrimine tra tali due concetti, tanto più che l'istituto in esame (giudicato a formazione progressiva) non ha alcuna base normativa di carattere positivo ma è frutto di un'elaborazione giurisprudenziale, consolidatasi via via nei decenni, che non appare particolarmente sistematica e rispetto al quale appare necessario un pronunciamento dell'Adunanza Plenaria per ricondurre ad unità le diverse declinazioni possibili del contenuto di tale concetto, onde prevenire contrasti interpretativi"*

Prima di esporre il secondo quesito sottoposto dalla quinta Sezione alla Plenaria pare opportuno spendere ancora qualche considerazione sull'attuazione del giudicato, con particolare riferimento alla tematica delle sopravvenienze.

Nella riedizione del proprio potere successivamente alla sentenza, l'amministrazione deve infatti tenere conto dei mutamenti di diritto e fattuali successivi al giudicato.

Ebbene, nella consapevolezza della complessità del tema, può comunque dirsi che, generalmente, le sopravvenienze, nei casi in cui il giudice amministrativo effettua un sindacato pieno, non hanno incidenza sul rapporto oggetto di giudicato, in quanto le stesse restano assorbite dall'accertamento compiuto dal giudice amministrativo; nei casi in cui il giudice amministrativo non ha esercitato un sindacato pieno sul rapporto, l'amministrazione deve invece considerare l'incidenza delle sopravvenienze e in quanto onerata del riesercizio del

potere in senso conformativo alla pronuncia deve tener conto della mutata situazione in fatto ed in diritto, nonché dei principi enunciati dal giudice in sentenza: la funzione amministrativa ha, infatti, una dimensione dinamica che impone un costante adeguamento del rapporto regolato all'evoluzione degli assetti organizzativi, procedurali e sostanziali che il legislatore intende assicurare.

Si coglie l'occasione per richiamare una recente pronuncia del Consiglio di Stato, sentenza 26 marzo 2014, n. 1472, che sul rapporto tra l'esecuzione del giudicato da parte della P.A. e lo *ius superveniens*. In specie il Consiglio di Stato era stato sollecitato a risolvere il seguente quesito giuridico e cioè se in sede di riesercizio del potere, la P.A. debba applicare la disciplina originaria (posta a sostegno della decisione di annullamento di primo grado) ovvero quella successivamente intervenuta (e quindi vigente al momento del riesercizio del potere). Trattandosi di una questione non regolata dal legislatore la sesta Sezione ha risolto la problematica muovendo dai principi generali che presiedono allo svolgimento dell'azione amministrativa. In questo senso, è stato evidenziato che il provvedimento amministrativo, in ossequio al principio di legalità, deve essere conforme alla normativa esistente al momento della sua adozione; se dunque il giudizio si conclude con una sentenza di annullamento, l'amministrazione nella fase di rinnovazione procedimentale deve attenersi, sempre in attuazione del principio di legalità, alla normativa esistente nel momento dell'adozione degli atti.

D'altro canto **la nuova normativa e la successiva attività amministrativa non devono però porsi in contrasto con gli accertamenti compiuti nel corso del giudizio e con gli effetti che ne conseguono** (di eliminazione, di ripristino e di conformazione): il Consiglio di Stato ha in particolare precisato che la nuova normativa e la successiva attività amministrativa non devono porsi in contrasto con le eventuali fasi del procedimento amministrativo che si sono già esaurite nel vigore della precedente disciplina e che non sono state incise dalla sentenza di annullamento. Ebbene, poiché il procedimento amministrativo si compone delle fasi (autonome e collegate) dell'iniziativa, dell'istruttoria, costitutiva e dell'efficacia, il Consesso ha conclusivamente affermato che se nel momento in cui deve svolgersi la fase intermedia dell'istruttoria o quelle successive muta la disciplina, la stessa si applica purché non risulti incompatibile con le fasi già esaurite nel vigore della previgente normativa. La stessa regola vale nel caso in cui talune fasi procedurali devono essere rinnovate dopo il giudicato di annullamento: la ripetizione deve assicurare la conservazione dei momenti procedurali sottratti all'effetto di eliminazione derivante dalla sentenza di annullamento. La ragione sottesa a tale regola risiede nell'esigenza di assicurare il rispetto dei principi di economicità e celerità dell'azione amministrativa (art. 1 della legge n. 241 del 1990), i quali non ammettono la ripetizione di atti che si sono svolti in modo conforme ai parametri legali.

Terminato l'*excursus* sulle sopravvenienze è ora possibile passare ad esaminare il secondo quesito rimesso all'attenzione dell'Adunanza Plenaria.

*"Ritenuto, inoltre, nel caso in cui venga opzionata tale ultima soluzione (giudicato intangibile), di dovere deferire la questione se il concetto di ius superveniens, idoneo a circoscrivere l'effetto del giudicato, possa in primo luogo essere applicabile anche all'ipotesi di una giurisprudenza comunitaria sopravvenuta come quella in oggetto che impedisce giuridicamente l'attribuzione alla ricorrente Pizzarotti del contratto per la realizzazione dell'opera in contestazione; in secondo luogo, se la normativa nazionale sopravvenuta (ad esempio in riferimento all'edilizia giudiziaria- cfr. relazione del commissario ad acta 5 maggio 2015) possa incidere sul giudicato a formazione progressiva eventualmente formatosi, determinandone l'inidoneità a produrre gli effetti programmati e stabiliti".*

#### **2.4 Consiglio di Stato Ad. Plen., 9 giugno 2016 n. 11.**

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria pare ricondurre ad unità le due questioni, dimostrandone, quindi, la stretta interconnessione: la natura poliforme del giudicato deve essere vagliata alla luce delle sopravvenienze ed in particolare avendo riguardo dell'incidenza del diritto eurounitario di tipo giurisprudenziale.

La premessa necessaria consiste nel fatto che **l'esecuzione del giudicato amministrativo, per quanto progressiva, non può certo essere il mezzo per mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso**. Diversamente opinando, il processo non

addiverrebbe mai ad alcuna conclusione, ingenerando così la violazione di molteplici valori costituzionali e sovranazionali tra cui il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici. Ne deriva che l'amministrazione soccombente, su cui grava l'obbligo di esecuzione secondo buona fede, a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti è tenuta a ripristinare la situazione controversa a favore del privato. Tale intervento della P.A. di regola deve assumere efficacia retroattiva così da evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa, la quale vanta una legittima aspettativa alla stabile definizione del processo. Quanto detto non va inteso però in senso assoluto in quanto, come rammenta l'Adunanza Plenaria, **la retroattività dell'esecuzione deve essere ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto** (pretensivo, oppositivo, procedimentale); si osserva inoltre che l'obbligo non può mai incidere sui tratti dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato né sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

È dunque in un simile contesto che assumono rilievo le sopravvenienze: **l'esecuzione del giudicato può infatti incontrare dei limiti nelle sopravvenienze tanto di fatto che di diritto, con la precisazione però che le stesse siano anteriori alla notificazione delle sentenza divenuta irrevocabile.**

Ciò permette una considerazione ulteriore e consequenziale: la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre può incidere su quelle durevoli nel tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, ivi determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima. Eppure, soffermandosi sulle situazioni istantanee, è da rimarcare che la retroattività dell'esecuzione del giudicato non è principio insuperabile, in quanto trova un limite intrinseco e ineliminabile (logico e pratico, ancor prima che giuridico) nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello *status quo ante* (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fierinequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*). In tali fattispecie al ricorrente vittorioso, ove ne ricorrano le condizioni, resta la possibilità di domandare il risarcimento del danno per impossibile esecuzione del giudicato ai sensi dell'art. 112, co. 3, del codice del processo amministrativo.

Chiariti in questo modo i limiti all'estensione del giudicato a formazione progressiva, il Consiglio di Stato si sofferma sul caso di specie, una vicenda scandita da numerosi interventi giurisdizionali, e osserva che ove sia riconosciuta la titolarità di un interesse strumentale o procedimentale (alla conclusione del procedimento), e non di un interesse finale, ben può accadere che la struttura dello stesso interesse vada progressivamente arricchendosi e rafforzandosi nel corso dei giudizi per l'ottemperanza. Lo stratificarsi degli interventi del G.A. può finanche determinare la trasformazione dell'interesse procedimentale in interesse finale ma con un limite invalicabile costituito, appunto, dalle sopravvenienze.

L'Adunanza Plenaria, quindi si interroga sulla natura delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia e osserva che alle stesse debba essere riconosciuta la medesima efficacia vincolante delle disposizioni interpretate. La decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale vincola, infatti, non soltanto il giudice che ha sollevato la questione ma spiega i propri effetti anche rispetto agli altri casi che debbano essere decisi in applicazione della medesima disposizione di diritto. Di conseguenza, la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia deve essere equiparata ad una sopravvenienza normativa.

Sul punto si precisa che una sopravvenienza di questa specie deve necessariamente trovare applicazione ove incida su tratti non coperti dal giudicato e su procedimenti ancora in corso di svolgimento, qui infatti determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

A supporto di quanto detto il Supremo Consesso richiama un recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con cui è stato chiarito che *"l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno"* In questi "casi estremi"

continuano le Sezioni Unite si impone la cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria" (Cass. Sez. Un. ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891). **Un importante ruolo nell'azione di prevenzione alla formazione di giudicati contrastanti con le norme sovranazionali viene dunque attribuito al giudice dell'ottemperanza, chiamato ad interpretare il provvedimento giurisdizionale sì da evitare che lo stesso divenga abnorme.**

Si riporta il nucleo centrale della motivazione di Consiglio di Stato Ad. Plen. 9 giugno 2016 n. 11:

*"I principi appena richiamati rilevano nel presente giudizio nella misura in cui consacrano l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario.*

*Tale preminente esigenza di conformità al diritto comunitario certamente rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario.*

*La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.*

*Il giudizio di ottemperanza può rappresentare in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie che darebbero vita a quei "casi estremi" in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni Unite, la sentenza diventa "abnorme" e supera i limiti esterni del potere giurisdizionale".*

### **3. Questioni applicative:**

#### **3.1 È possibile dedurre con una memoria difensiva l'elusione del giudicato se l'atto sopravvenuto sia stato emesso dopo la proposizione del ricorso per ottemperanza? (Consiglio di Stato, Sez. III, 22 giugno 2016, 2769).**

Si coglie l'occasione per affrontare una questione recentemente sottoposta all'esame del Consiglio di Stato e afferente alla **possibilità di dedurre con una memoria difensiva l'elusione del giudicato, quando l'atto sia stato emesso dopo la proposizione del ricorso per ottemperanza** (senza una rituale contestazione con atto notificato).

Sul punto il Consiglio di Stato ha ritenuto ammissibile e procedibile l'impugnazione in quanto l'art. 112 c.p.a. si limita a stabilire le condizioni di ammissibilità del ricorso per ottemperanza e richiede la formulazione della domanda di attuazione dei provvedimenti indicati al comma 2, mentre l'art.114, comma 4, c.p.a. descrive la latitudine dei poteri del giudice in caso di accoglimento del ricorso. La lettura coordinata e sistematica delle due disposizioni induce dunque a "slegare" l'esercizio dei poteri officiosi attribuiti al giudice dell'ottemperanza ex art. 114, comma 4, c.p.a dal principio della domanda.

A sostegno dell'assunto si pone la lett. e) dell'art. 114 cit., che prevede la necessità di una specifica domanda con riferimento alle penalità di mora: ciò dimostra che per l'esercizio degli altri poteri ivi previsti non è necessaria la richiesta del ricorrente, questo in coerenza con il noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Chiarito dunque che il giudice dell'ottemperanza dispone di una serie di poteri dispositivi ex art. 114, comma 4, c.p.a, la cui titolarità e l'esercizio si dimostrano del tutto funzionali alla compiuta attuazione del *decisum* e alla conseguente conformazione ad esso dell'azione amministrativa, il Consiglio di Stato soggiunge che, affinché il ricorso per ottemperanza risulti idoneo ad investire il giudice adito delle potestà cognitive e dispositive sopra indicate, è sufficiente che la *causa petendi* e il

*petitum* siano coerenti con l'art. 112 c.p.a. e risultino adeguatamente dettagliati nell'atto introduttivo del giudizio. Sul punto viene esplicitato che "quanto alla causa petendi, è sufficiente che il ricorrente indichi il provvedimento di cui chiede l'attuazione e deduca la sua mancata esecuzione, mentre, in ordine al *petitum*, basta che, nelle conclusioni, chieda, senza l'uso di formule sacramentali, l'adozione dei provvedimenti più utili per disporre l'ottemperanza". In forza di tali argomentazioni il Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto: "nell'ipotesi in cui sia sopravvenuto (al giudicato ed al ricorso d'esecuzione) un provvedimento che il ricorrente reputi violativo o elusivo del *decisum*, non è necessaria la sua formale impugnazione perché il giudice dell'ottemperanza sia ritualmente investito del potere di dichiararne la nullità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21 septies, l. n. 241 del 1990 e 114, comma 4, lett. b), c.p.a."

Ne deriva che **la mancata proposizione, con atto notificato, di una domanda intesa all'accertamento della nullità di un provvedimento sopravvenuto, che sia elusivo della pronuncia di cui si chiede l'attuazione, non impedisce lo scrutinio del merito dell'azione di giudicato, né preclude al giudice la declaratoria (d'ufficio) della nullità dell'atto elusivo.**

### **3.2 Principio del one shot: l'amministrazione all'indomani del giudicato ha soltanto una possibilità di indicare nuove ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza? (Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2016, n. 4566).**

La questione rende opportuna una precisazione di ordine generale: in presenza di attività amministrativa vincolata il giudicato produce un effetto conformativo sostanzialmente pieno sull'attività amministrativa successiva, in quanto stabilisce le concrete modalità di svolgimento della futura azione. A fronte di un'attività connotata da discrezionalità, l'effetto conformativo è invece solo parziale: il principio di separazione dei poteri non permette infatti al giudice di definire i profili del rapporto che attengono al merito delle scelte amministrative.

Occorre però valutare **se vi sia un limite alla inesauribilità del potere dell'amministrazione**. Se così non fosse l'amministrazione ben potrebbe pronunciarsi un numero di volte in via di principio infinito sullo stesso affare, ponendo a sostegno del "nuovo" provvedimento fatti costantemente "nuovi" (in quanto non precedentemente esaminati). Ne deriverebbe la vanificazione della portata accertativa e soprattutto conformativa di ogni decisione.

Ebbene, secondo un primo orientamento l'adozione di un secondo diniego dopo il giudicato può far soltanto presumere che l'atto sia elusivo del giudicato. Trattasi però di una presunzione non assoluta, che può essere superata sia dall'interessato, sia da considerazioni di ordine sistematico riguardanti il complessivo sviluppo concreto della vicenda che giustifichino l'adozione di un secondo provvedimento non conforme alla pretesa. Secondo diverso indirizzo interpretativo il punto di equilibrio tra le due opposte esigenze di riedizione del pubblico potere e di portata cogente del giudicato sarebbe, invece, da individuarsi nell'obbligo per l'amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando una volta per tutte qualunque questione che ritenga rilevante senza poter più tornare a decidere sfavorevolmente, neppure a fronte di profili non ancora esaminati (in questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 769).

Trattasi del c.d. *one shot* temperato (per costante elaborazione pretoria non trova riconoscimento nel nostro ordinamento la teoria c.d. del "*one shot*" pura, viceversa ammessa in altri ordinamenti); detta regola prevede che **l'amministrazione possa pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in tale occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento dell'istanza del privato** (per una completa disamina v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2016, n. 4566). La regola pare subire una deroga in relazione a rilevanti fatti sopravvenuti o a fatti che non siano stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'amministrazione ovvero per introduzione di una nuova normativa.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha recentemente precisato che "nel sistema italiano il principio è stato "temperato" accordandosi all'Amministrazione due chances: si è infatti costantemente affermato che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il

*procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza"* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 04 marzo 2014, n. 1018).

Occorre dare atto che l'elaborazione pretoria appena vista si espone a diverse critiche poiché, sebbene paia meritevole il tentativo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, stroncando *ab initio* quella girandola di dinieghi che l'amministrazione potrebbe opporre sulla base di nuovi motivi non assorbiti dal giudicato ed in via di principio infiniti, tuttavia suscita perplessità una contrazione così incisiva del potere discrezionale. In particolare la più attenta dottrina ha osservato come il rischio che la P.A. consumi la propria discrezionalità attraverso il rilievo di un vizio meramente formale sia considerevole e che sarebbe pertanto opportuno consentire un ampliamento del *thema decidendum* del secondo giudizio, così da valutare la concreta spettanza del bene della vita in capo al ricorrente.

#### **4 Brevi note sull'oggetto del giudizio di ottemperanza.**

##### **4.1 Esecuzione delle sentenze del g.a. passate in giudicato e delle sentenze provvisoriamente esecutive e non sospese (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5580).**

L'art. 112, co. 2, lett. a) del codice prevede che l'azione di ottemperanza possa essere proposta per conseguire l'attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato, con ciò confermando quanto già disposto nel previgente ordinamento ai sensi dell'art. 37, legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Trattasi come detto di una giurisdizione estesa al merito che per vero consente al G.A. di ingerirsi due volte nell'attività amministrativa: l'una quando ordina all'amministrazione di tenere un certo comportamento ai sensi dell'art. 114, co. 4, lett. a) c.p.a., a norma del quale il giudice in caso di accoglimento del ricorso "ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo"; una seconda volta in sede di controllo ("il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza", art. 114, co. 6), con possibilità di sostituzione ex art. 114, co. 4, lett. a), cit.

L'art. 112 co. 2, lett. b), c.p.a. conferma inoltre il dettato di cui all'art. 10 della L. 205/2000 in quanto prevede che la formazione del giudicato non costituisce presupposto processuale indefettibile ai fini dell'ottemperanza: essa può infatti essere domandata anche al fine di conseguire l'attuazione delle sentenze di primo grado *ex lege* provvisoriamente esecutive, ove non sospese dal Consiglio di Stato.

Sul tema il Consiglio di Stato ha puntualizzato che:

*"È ammissibile il ricorso per ottemperanza di una sentenza di primo grado, non sospesa dal Consiglio di Stato, che abbia annullato l'aggiudicazione a favore del primo in graduatoria, con la conseguente caducazione del contratto di appalto stipulato e che abbia disposto l'obbligo di stipulare il contratto con la seconda graduata, atteso che le sentenze rese in primo grado dal giudice amministrativo sono esecutive, ancorché appellate. Ne consegue che, sussiste l'obbligo per l'amministrazione soccombente di assicurare, nelle more del passaggio in giudicato della sentenza, l'effettività delle situazioni giuridiche definite nella sentenza stessa"* (Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5580).

La norma ha suscitato un acceso dibattito in merito ai poteri esercitabili dal giudice, atteso il carattere provvisorio dell'esecutività delle sentenze di primo grado.

**Secondo un orientamento giurisprudenziale la tutela avrebbe carattere necessariamente interinale:** siccome la fase dell'esecuzione non si identifica con quella di ottemperanza e la sentenza di primo grado è suscettibile di essere riformata in sede di appello, il giudice adito sarebbe tenuto a procedere con prudente ed equilibrato apprezzamento nell'adozione di provvedimenti esecutivi così da preservare l'integrità del giudicato definitivo.

**Opposta ricostruzione giurisprudenziale ritiene invece che al giudice non spetti alcun margine di discrezionalità nell'esercizio dei poteri conferitigli per l'esecuzione delle sentenze non sospese** e che di conseguenza, verificata la sussistenza delle condizioni previste a norma di legge, lo stesso debba assumere tutte le iniziative e i provvedimenti necessari per dare immediata e integrale esecuzione alle statuizioni della sentenza di primo grado.

**Un'interpretazione mediana sembra oggi suffragata dal codice del processo amministrativo**, che unifica la disciplina del giudizio di ottemperanza per le sentenze passate in giudicato e quella dell'esecuzione delle sentenze di primo grado del giudice amministrativo:

l'ottemperanza alle sentenze del giudice di prime cure si svolge secondo gli stessi parametri dell'ottemperanza classica. Al contempo, tuttavia, la natura non definitiva delle sentenze in questione impone, ai sensi dell'art. 114, co. 4, lett. c), c.p.a. al giudice di determinare le modalità esecutive più idonee al caso di specie, di considerare inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e soprattutto *"di provvedere di conseguenza tenendo conto degli eventuali effetti che ne derivano"*.

Ne deriva che il giudice dell'ottemperanza, in previsione della sopravvenienza costituita dal giudicato e in un'ottica di equo bilanciamento dei contrapposti interessi, deve indicare modalità di attuazione tali da non compromettere il definitivo assetto degli stessi.

Quanto ai rapporti tra il giudizio per l'esecuzione della sentenza di primo grado e il giudizio di appello, l'orientamento dominante si è espresso nel senso dell'improcedibilità del giudizio di esecuzione se nelle more sopravviene la sentenza di appello che riforma - o conferma con diversa motivazione - la sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva. Per il resto è invece chiaro che, con il passaggio in giudicato della sentenza eseguita in via interinale, l'ordine di esecuzione diviene definitivo essendo non più necessario promuovere un ulteriore giudizio di ottemperanza.

#### **4.2 Esecuzione del giudicato del giudice ordinario (T.A.R. Campania, Sez. IV, 15/04/2016 n. 1864).**

Il rimedio del giudizio di ottemperanza fu introdotto con lo scopo di portare a esecuzione le sentenze di condanna della P.A. emesse dal giudice ordinario laddove l'esecuzione delle stesse implicasse un *facere* involgente l'esercizio di poteri discrezionali: l'art. 4 L.A.C. non consentiva infatti al giudice ordinario di annullare, revocare o modificare gli atti amministrativi, né di sostituirsi alla pubblica amministrazione o condannarla ad un adempimento specifico nell'ambito dei suoi poteri pubblici. Allo stato attuale l'interessato può adire il giudice amministrativo ex art. 112, co. 2, lett. c), c.p.a. affinché ordini all'amministrazione di tenere i comportamenti necessari ad assicurare l'attuazione del giudicato, sostituendosi eventualmente a essa.

In via generale **il giudice amministrativo dell'ottemperanza, a fronte di statuizioni giudiziali rese dal giudice civile, può soltanto svolgere attività meramente esecutive senza possibilità di integrare la sentenza civile**, né di effettuare valutazioni di merito, dovendosi limitare all'accertamento dell'esistenza di un comportamento omissivo o elusivo e all'attuazione del disposto della pronuncia del giudice civile passata in giudicato. Nel giudizio di ottemperanza a sentenze di un giudice appartenente ad altro ordine giurisdizionale, il giudice deve dunque limitarsi ad usare poteri sostitutivi di "stretta esecuzione", questo perché l'esercizio di poteri di attuazione potrebbe modificare il giudicato e incidere su situazioni soggettive estranee all'ambito della sua giurisdizione (T.A.R. Campania, Sez. IV, 15/04/2016 n. 1864).

Sul punto **il Consiglio di Stato ha osservato che nell'ottemperanza ai provvedimenti del g.o. gli unici momenti di cognizione ammessi sono quelli strettamente consequenziali o connessi al giudicato, in relazione ad esempio a sopravvenienze o a spazi lasciati impregiudicati dal *decisum***; diversamente ragionando si altererebbero le regole sul riparto di giurisdizione e l'ottemperanza diventerebbe la sede per attribuire al giudice amministrativo spazi di cognizione riservati ad altre giurisdizioni (Cons. St., Sez. V, 30-10-2011, n. 5045). In altri termini il g.a. non può in detta sede effettuare un sindacato integrativo, essendogli impedito l'uso dei poteri che caratterizzano la giurisdizione estesa al merito e che consentono l'adattamento del giudicato al caso concreto.

Ulteriore differenza tra l'esecuzione di pronunce del giudice ordinario e del giudice amministrativo risiede nel necessario passaggio in giudicato delle prime; ciò, già previsto ai sensi dell'art. 37 l. T.A.R., è oggi confermato dalla lettera dell'art. 112 cit.

Sotto altro profilo, occorre dar conto del dibattito sorto in giurisprudenza circa **l'ammissibilità del rimedio dell'ottemperanza in relazione ad alcune tipologie di sentenze del giudice ordinario**.

Secondo parte della giurisprudenza, l'ottemperanza alle sentenze del g.o. non sarebbe consentita in caso di pronunce di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, in quanto sarebbe ammessa la sola esecuzione forzata civile. A sostegno dell'assunto si porrebbe la natura vincolata dell'attività in questione: non potendo il giudice

sostituirsi alla P.A. nell'adozione di atti discrezionali, difetterebbe quel che si ritiene essere il *proprium* del giudizio di ottemperanza.

Diversa è la posizione della prevalente giurisprudenza amministrativa che ammette in tali fattispecie sia l'esecuzione forzata civile che il giudizio di ottemperanza, in quanto non espressamente escluso dalla legge.

Il rapporto tra le due azioni può dirsi di concorrenza: si ritiene infatti che per l'esecuzione delle sentenze civili di condanna, aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro o altre prestazioni specifiche da parte dell'amministrazione, ricorrano gli estremi per l'esperibilità di entrambi i rimedi. Questo con l'ovvio limite costituito dall'impossibilità di conseguire due volte le stesse somme.

In definitiva, esecuzione civile e giudizio di ottemperanza operano in concorso e realizzano un sistema di "doppia tutela".

Quanto appena visto subisce due deroghe: la prima relativa alle ipotesi in cui l'ordinamento prevede a favore dell'amministrazione norme speciali (divieti di pignoramento di somme di denaro aventi destinazioni particolari, regimi speciali dei beni di proprietà pubblica, normative di contabilità pubblica relative alle previsioni di bilancio e ai mandati di pagamento ecc...); la seconda da ricondurre ai casi in cui l'esecuzione della sentenza del giudice ordinario richiede l'adozione di provvedimenti amministrativi. In simili contesti gli strumenti dell'esecuzione civile si rivelano inadeguati a garantire l'attuazione del giudicato, residuando così il solo rimedio dell'ottemperanza.

Infine, per quanto riguarda l'individuazione del giudice competente, il previgente art. 37 L. n. 1034/1971 adottava un criterio di tipo territoriale in forza del quale la competenza era attribuita al T.A.R. se l'autorità amministrativa chiamata a conformarsi era un ente che esercitava la propria attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del tribunale amministrativo regionale" (comma 1); se l'attività era invece di tipo ultraregionale, restava ferma la competenza del Consiglio di Stato" (comma 2). L'art. 113, co. 2, c.p.a. prevede ora che l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario rientri nella competenza del T.A.R. nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza.

#### **4.3 Esecuzione delle sentenze dei giudici speciali, della decisione resa su ricorso straordinario e dei lodi arbitrali (Ad. Plen. 6/5/2013, n. 9).**

L'art. 112, co. 2, lett., d), c.p.a. consente la proposizione dell'azione di ottemperanza per l'attuazione delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia normativamente previsto il rimedio dell'esecuzione, elevando così l'ottemperanza a strumento esecutivo *generale* e *residuale*, ossia azionabile anche con riferimento a pronunce di giudici speciali ove difettino rimedi specifici. Occorre tuttavia precisare che tale competenza, apparentemente onnicomprensiva, è stata nel tempo ridimensionata attraverso alcuni interventi legislativi particolarmente incisivi: la riforma attuata dalla legge n. 205/2000 è stata infatti interpretata dal Consiglio di Stato nel senso che **il giudizio di ottemperanza alle decisioni della Corte dei Conti dovesse essere proposto innanzi allo stesso giudice contabile.**

**Anche con riferimento alle decisioni del giudice tributario l'ottemperanza del g.a. deve ritenersi oramai esclusa** in forza della riforma di cui al D.Lgs. n. 546 del 1992 che, com'è noto, ha introdotto un autonomo giudizio di ottemperanza innanzi alle Commissioni Tributarie.

**Resta ferma la giurisdizione del giudice amministrativo per l'esecuzione dei giudicati del Tribunale Superiore delle acque pubbliche**, in concorso con l'azione esecutiva davanti al g.o., con la precisazione che l'ottemperanza al giudicato formatosi sulle decisioni dei Tribunali delle acque rese in unico grado e in sede di legittimità in materia di acque pubbliche e interessi legittimi, appartiene unicamente alla giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque.

La lettera d) della disposizione ora in commento è stata peraltro a lungo utilizzata dalla giurisprudenza al fine di **consentire l'esecuzione dei decreti decisori emessi in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato.** L'indirizzo si correlava alla tradizionale impostazione secondo cui tale decreto avesse natura di provvedimento amministrativo, essendo il parere reso dal Consiglio di Stato solo parzialmente vincolante. Dapprima con la storica pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 28 gennaio 2011, n. 2065 e poi con

la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 6 maggio 2013, n. 9 l'orientamento in parola è stato superato con l'effetto che la decisione su ricorso straordinario resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è suscettibile di tutela mediante il giudizio di ottemperanza ex art. 112, co. 2, lett. b) c.p.a.; il ricorso si propone, ai sensi dell'art. 113, co. 1, c.p.a., dinanzi al Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento cui dare esecuzione.

Si riporta un passaggio della pronuncia dell'Adunanza Plenaria sopra richiamata:

*"La qualificazione della decisione su ricorso straordinario come decisione di giustizia inquadrabile nel sistema della giurisdizione amministrativa conduce al precipitato indefettibile della collocazione del decreto che definisce il ricorso al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, nel novero dei provvedimenti del giudice amministrativo di cui alla lettera b) dell'art. 112, comma 2, c.p.a. Ne consegue che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta".*

Il codice del processo consente poi, ai sensi dell'art. 112, co. 2, lett. e), c.p.a., **la proposizione del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei lodi arbitrali divenuti inoppugnabili**. Viene in questo modo recepito quell'orientamento giurisprudenziale che equiparava il lodo arbitrale, in seguito alla sua omologazione, alla sentenza esecutiva del giudice statale e che riconosceva ad esso imperatività e stabilità, in altre parole, efficacia di giudicato sostanziale.

Si precisa che il lodo preso in considerazione dalla norma è il c.d. lodo rituale, cioè quello cui è assegnata dall'art. 824 bis c.p.c. la medesima efficacia della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, mentre la previsione non si estende al lodo c.d. irrituale (o libero), disciplinato dall'art. 808 ter c.p.c., il quale consiste invece in un negozio di accertamento con cui le parti, con disposizione espressa per iscritto (la convenzione d'arbitrato irrituale), stabiliscono che una controversia sia definita dagli arbitri mediante "determinazione contrattuale".

L'art. 112, co. 2, lett. e), cit. richiede che il lodo arbitrale sia reso "esecutivo" e sia "divenuto inoppugnabile": il ricorso in ottemperanza, finalizzato a far eseguire il lodo arbitrale, è dunque inammissibile in assenza del decreto che concede l'esecutorietà ovvero in pendenza dei termini per proporre i rimedi di cui all'art. 827 c.p.c..

L'esecutività deriva, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., dalla dichiarazione del Tribunale intervenuta previo accertamento della sua regolarità formale: si tratta della c.d. omologazione del lodo, attraverso la quale viene formato il titolo esecutivo necessario per intraprendere l'esecuzione forzata. L'inoppugnabilità invece ricorre allorché il lodo non sia più impugnabile (per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo).

#### **4.4 Esecuzione delle misure cautelari.**

L'art. 59 c.p.a. disciplina l'istituto dell'esecuzione delle misure cautelari secondo il quale, nel caso in cui l'amministrazione non esegua in via spontanea un'ordinanza cautelare, è possibile ricorrere allo stesso giudice che l'ha emessa affinché adotti i necessari provvedimenti attuativi, eventualmente a carattere sostitutivo ovvero mediante la nomina di un commissario *ad acta*. In particolare la norma prevede che, ove i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato può chiedere al giudice, con istanza motivata e notificata alle altre parti, la disposizione delle opportune misure attuative.

Si osservi che in tale fattispecie **il T.A.R. esercita gli stessi poteri di cui al giudizio di ottemperanza**. Sebbene, dunque, l'esecuzione della misura interinale non sia annoverata tra i casi di cui all'art. 112 c.p.a., è tuttavia consentito al Tribunale in detta sede l'esercizio dei poteri tipici della giurisdizione di merito, questo al fine di verificare quali siano le misure più opportune per garantire la tutela interinale della situazione soggettiva lesa e, al contempo, scongiurare il rischio di effetti materiali e giuridici non più reversibili.

Quanto **agli aspetti processuali** il codice dispone che l'esecuzione si propone con istanza motivata (non è richiesta la proposizione del ricorso) da notificarsi alle altre parti del giudizio e da inoltrare al giudice che ha concesso la misura; ne deriva che, se la cautela sia stata concessa dal T.A.R., in quest'ultimo dovrà individuarsi il giudice competente, a nulla rilevando il fatto che il provvedimento sia stato riconfermato in grado di appello dal Consiglio di Stato. Al

contrario, qualora il Consiglio di Stato abbia riformato il provvedimento di primo grado, ad esempio concedendo la misura innanzi rigettata dal T.A.R. ovvero mutandone i contenuti, esso soltanto sarà competente a conoscerne in sede di esecuzione.

In base alla lettera della norma l'esecuzione delle misure cautelari può essere richiesta "dall'interessato": la formula consente di ricomprendere tra i soggetti legittimati qualunque parte processuale che vi abbia interesse, dunque anche gli interventori.

**5. È possibile utilizzare il rimedio offerto dal giudizio di ottemperanza per portare a esecuzione le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo? (Cons. di Stato, Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2866).**

La questione recentemente rimessa all'attenzione del Consiglio di Stato origina da un giudizio svoltosi dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che si concludeva con il riconoscimento di un indennizzo a titolo di equa soddisfazione a vantaggio del ricorrente. A fronte dell'inesecuzione della pronuncia la parte vittoriosa proponeva ricorso per l'ottemperanza ex art. 112 c.p.a..

Per comprendere appieno l'impianto motivazionale della sentenza occorre soffermarsi sul dato normativo di riferimento, vale a dire l'art. 46 della C.e.d.u., in forza del quale il controllo sull'esecuzione è attribuito al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

L'art. 46 cit., rubricato "Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze" della Convenzione, nella formulazione attualmente vigente, prevede che: "*Le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte.*

*2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione.*

*3. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che la sorveglianza di una sentenza definitiva è intralciata dalla difficoltà d'interpretare tale sentenza, esso può investire la Corte affinché si pronunzi su tale questione d'interpretazione. La decisione di investire la Corte è presa con un voto a maggioranza di due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato.*

*4. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che un'Alta Parte contraente rifiuti di attenersi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, esso può, dopo aver messo in mora questa Parte e mediante una decisione adottata con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato, investire la Corte della questione dell'osservanza di questa Parte degli obblighi relativi al paragrafo 1.*

*5. Se la Corte accerta una violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché esamini i provvedimenti da adottare. Qualora la Corte accerti che non vi è stata violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri, il quale decide di porre fine al suo esame."*

La norma definisce dunque un sistema compiuto, sia in punto di individuazione delle decisioni oggetto di esecuzione che di risoluzione di questioni interpretative ed esecutive concernenti le decisioni della Corte - rimesse queste ultime alla Corte medesima e sottoposte al controllo sulla esecuzione da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa - in cui risulta attribuita al Presidente del Consiglio dei ministri del Governo della Repubblica italiana la promozione degli "adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano" in forza della legge 23 agosto 1988, n. 400, art. 5, comma 3, lett. a-bis). Trattasi di un sistema a forte autonomia in cui l'attuazione delle sentenze avviene tramite lo spontaneo adempimento degli Stati secondo il modulo operativo tipico delle giurisdizioni internazionali: la C.e.d.u. è infatti un trattato internazionale, per cui le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sono anch'esse fonti internazionali. Ne deriva che, **differentemente da quanto accade nell'ordinamento U.E., tali pronunce non producono effetti diretti nell'ordinamento degli Stati membri ma creano vincoli sul piano internazionale.** Ciò è stato stabilito dalla giurisprudenza nazionale costituzionale (Corte Cost. n. 348 e n. 349 del 2007) e confermato dalla stessa anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Corte Cost. n. 80, 11 marzo 2011). È noto infatti che le sentenze, così come le disposizioni contenute nella C.E.D.U., non sono direttamente applicabili ma costituiscono parametro interposto di legittimità grazie al richiamo di cui all'art. 117 della Carta Costituzionale; ciò esclude la possibilità per il giudice di disapplicare la norma nazionale per contrasto col diritto di cui alla Convenzione, potendo al più sollevare questione di legittimità costituzionale.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha inoltre precisato che **le decisioni della Corte europea non sono assimilabili a un titolo esecutivo giudiziale suscettibile di esecuzione forzata nei confronti dello Stato contraente**, poiché nessuna disposizione della Convenzione prevede meccanismi esecutivi diretti. Tali pronunce, in altre parole, creano reciproci vincoli obbligatori tra gli Stati membri e non danno luogo ad obbligazioni di tipo privato a vantaggio dei ricorrenti vittoriosi, ponendosi in contrasto con la lettera della Convenzione e i comuni principi di diritto internazionale riconosciuti dagli Stati contraenti ( v. T.A.R. Sicilia, Catania, 6 febbraio 2014, n. 424).

La questione ora in esame attiene all'ammissibilità di un ricorso in ottemperanza con cui un privato chiedi al G.A. l'esecuzione di una decisione di condanna dello Stato italiano emessa dalla Corte E.D.U., in particolare occorre vagliare la possibilità di ricondurre siffatto provvedimento giurisdizionale nella formula "altri provvedimenti" di cui all'art. 112 co. 2, lett d), c.p.a.. Ebbene, come precisato dal Consiglio di Stato, **le pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo non sono contemplate tra i titoli per l'esecuzione dei quali può essere proposta azione ai sensi dell'art. 112 c.p.a., questo perché gli strumenti di adeguamento a decisioni di giudici non nazionali trovano compiuta regolamentazione in altri settori dell'ordinamento** (cfr. "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" 31 maggio 1995, n. 218, che all'art. 2, fa rinvio ai modi di applicazione delle diverse convenzioni internazionali).

Si riporta un passaggio della pronuncia ora in commento:

*"È del tutto pacifico che le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo non sono contemplate tra i titoli per l'esecuzione dei quali può essere proposta, ai sensi dell'art. 112 c.p.a., l'azione di ottemperanza e ciò non solo perché, come correttamente ha affermato il primo giudice, non può dedursi un ampliamento della nozione evincibile dalla lettera d) del comma 2 del suddetto articolo (in riferimento alle sentenze passate in giudicato e altri provvedimenti ad essi equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza) solo per ragioni storiche e sistematiche, ma soprattutto perché gli strumenti di adeguamento a decisioni di giudici non nazionali trovano compiuta regolamentazione in altri settori dell'ordinamento (e in generale dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" che, all'art. 2, fa rinvio ai modi di applicazione delle diverse convenzioni internazionali).*

*In particolare, tanto per allontanare ogni residuo dubbio sul fatto che un giudizio di ottemperanza possa poi essere praticabile in ragione della natura meramente pecuniaria della condanna, va ricordato che anche le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, decisioni caratterizzate da un effetto dai contenuti molto maggiori di quelle delle altre corti internazionali, diventano esecutive nel territorio nazionale a seguito dell'apposita procedura di cui al d.P.R. 2 dicembre 1960 n. 1824 "Apposizione della formula esecutiva sulle sentenze della Corte di giustizia unica per le Comunità europee e sulle decisioni degli organi delle Comunità europee", che si colloca a valle dell'apposita norma del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dove si prevede che le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea (e quelle del Tribunale di prima istanza, a cui si estende la disciplina, giusta il rinvio dato dall'art. 254) hanno forza esecutiva (art. 280)."*

Emerge dunque che al fine di sollecitare l'esecuzione delle decisioni della Corte E.D.U. i privati possono adire nuovamente la Corte al fine di ottenere chiarimenti oppure, più opportunamente, presentare istanza al Comitato dei Ministri. È evidente come nessuna delle due modalità garantisca piena tutela: nell'un caso l'istante riceve una pronuncia meramente interpretativa senza ricadute in punto di esecuzione, nell'altro non dispone di alcun mezzo coercitivo in quanto l'istanza non assicura né una risposta del Comitato né strumenti di tutela avverso l'eventuale silenzio dell'organo politico. In particolare secondo il modello di cui all'art 46 cit. spetta al Comitato il controllo sull'esecuzione delle sentenze, potendo lo stesso in caso di accertato inadempimento e senza esservi obbligato, adire la Corte che a sua volta non può intervenire direttamente perché priva di poteri sanzionatori o esecutivi. Trattasi di un sistema carente e complesso, che solleva innumerevoli critiche in dottrina (per un quadro completo della questione *L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo: improponibile l'azione di ottemperanza*, MARIO FILICE in *Il Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 1/2016, p. 25) ed è dunque in questa prospettiva che si spiega il tentativo di ricondurre, seppure forzatamente, l'esecuzione di tali pronunce nel raggio di applicazione dell'art. 112 cit.

**6. È ammissibile la revocazione del giudicato amministrativo quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo? (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ord. 4 marzo 2015, n. 2).**

Come è noto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c., in relazione agli artt. 117, co. 1, 111 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Si ripercorreranno i passaggi più significativi di questa importante pronuncia.

Come già chiarito **le norme della C.E.D.U.**, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono rilevanza nell'ordinamento italiano **quali norme interposte**: alla Convenzione è riconosciuta un'efficacia di tipo intermedio, tra legge e Costituzione, tale da integrare il parametro di cui all'art. 117 co. 1, Cost. il quale vincola a sua volta i legislatori nazionali a conformarsi agli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Dunque, fatta salva l'interpretazione conforme alla Convenzione, qualsiasi giudice allorché si trovi a decidere di un contrasto tra la C.E.D.U. e una norma di legge interna è tenuto a sollevare un'apposita questione di legittimità costituzionale.

Nel caso di specie viene appunto in rilievo una tensione tra le norme interne che disciplinano la revocazione della sentenza amministrativa passata in giudicato e l'obbligo assunto dall'Italia di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo (art. 46 C.E.D.U.): ci si chiede se la presenza del giudicato faccia venire meno l'obbligo per lo Stato di dare applicazione alle sentenze della Corte di Strasburgo.

Con riferimento ai processi penali **la Corte europea e gli organi del Consiglio d'Europa hanno individuato nella "riapertura" del processo la soluzione maggiormente idonea a garantire la restitutio in integrum a favore delle vittime delle violazioni non altrimenti rimediabili** (cfr. Raccomandazione R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri). La rimozione del giudicato appare, quindi, l'unico strumento idoneo a rimuovere la violazione dei diritti commessa dallo Stato-Giudice nel corso del processo.

Quanto alla carenza di un simile rimedio nell'ordinamento amministrativo il Consiglio di Stato osserva che *"qualora non fosse ammissibile la revocazione del giudicato, l'ordinamento italiano non fornirebbe ai ricorrenti alcuna possibilità per veder rimediata la violazione dei diritti fondamentali dagli stessi subita.*

*In particolare, i ricorrenti si vedrebbero definitivamente negato il diritto di azionabilità delle proprie posizioni soggettive che all'epoca tentarono di far valere davanti al giudice amministrativo. In altri termini verrebbe in rilievo nient'altroché un vuoto di tutela".*

Nell'osservare che molti Stati aderenti alla Convenzione hanno già introdotto forme di riapertura dei processi non solo in ambito penale ma anche civile ed amministrativo (ad es. in Germania è stata di recente introdotta al riguardo un'apposita disposizione all'art. 580 del *Zivilprozessordnung*) il Consiglio di Stato chiarisce che *"anche davanti al giudice amministrativo, così come a quello civile, viene in rilievo la tutela di diritti fondamentali che, in caso di vizi processuali o sostanziali, possono essere compressi o limitati in modo da non risultare tollerabile per uno stato di diritto e generare una responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi convenzionali assunti. Qualora la Corte CEDU accerti che una tale violazione vi è stata, possono darsi casi in cui la rimozione del giudicato si appalesi quale unico mezzo utile per rimuovere le perduranti violazioni di diritti fondamentali, analogamente a quanto si è riconosciuto nell'ambito del processo penale".*

Alla luce di tale ordine di considerazioni e dato che, come già chiarito, non è consentito disapplicare le norme interne incompatibili con la Convenzione europea né sembra possibile risolvere il contrasto tra le norme processuali interne e quelle convenzionali attraverso un'interpretazione adeguatrice - i casi di revocazione delle sentenze amministrative ammessi dal nostro ordinamento sono tassativamente elencati dal combinato disposto degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. e dunque non sono estensibili - **l'Adunanza Plenaria solleva questione di legittimità costituzionale:**

"Ritiene, dunque, il Collegio di dover sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 Cost nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Nell'attesa che la Corte Costituzionale si pronunci si riportano alcune considerazioni della più attenta dottrina (ANDREA CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo*, in *Il diritto processuale amministrativo*, Fascicolo II, giugno 2016, p. 456 ) secondo cui occorrerebbe non tanto ampliare il raggio di applicazione della revocazione, quanto piuttosto estendere, anche per via interpretativa, il campo di applicazione dell'art. 112 lett. d) c.p.a.. In questo modo, si osserva, sarebbe possibile evitare di ricorrere alla revocazione, rendendo l'ottemperanza uno strumento di connessione diretta tra i due ordinamenti.

Come sopra visto tale soluzione non riceve l'avallo della giurisprudenza in quanto tra la sentenza della Corte Europea e la decisione del giudice nazionale difetta un collegamento in senso tecnico. D'altro canto è innegabile che i rapporti tra le Corti siano estremamente complessi e difficilmente risolvibili, anche ricorrendo al rimedio della revocazione: si pensi all'ipotesi in cui il contrasto sia ingenerato da una pronuncia della Corte E.d.u. resa in merito ad una diversa vicenda. Dovrebbe qui ammettersi la possibilità di domandare la revocazione invocando una pronuncia afferente a un caso diverso ma analogo, come parimenti si dovrebbe consentire di usufruire del rimedio a coloro che, pur facendo parte dell'originario giudizio, non abbiano successivamente adito la Corte E.D.U..

In merito a ciò la dottrina suggerisce una riflessione *de iure condendo* che permetta di configurare lo strumento processuale ora in esame, pur nel rispetto dei requisiti specifici stabiliti *ex lege*, quale mezzo di impugnazione al contempo straordinario e generale.

**7. Nella fase di ottemperanza ad una sentenza avente ad oggetto una domanda demolitoria di atti concernenti una procedura espropriativa, rientra tra i poteri sostitutivi del giudice, e per esso, del commissario ad acta, l'adozione della procedura semplificata di cui all'art. 42-bis t.u. espr.? (Cons. di Stato, Ad. Plen., 9/2/2016, n. 2).**

All'esito del giudizio per l'ottemperanza solitamente il G.A. assegna all'amministrazione un termine per provvedere e contestualmente nomina un commissario *ad acta* il quale, ove l'amministrazione non adempia, si sostituisce ad essa nell'adozione del provvedimento.

In dottrina ed in giurisprudenza **la natura giuridica del commissario ad acta** è stata a lungo oggetto di discussione e con essa anche il regime di impugnazione degli atti da esso adottati.

Secondo un primo orientamento quest'ultimo era ritenuto un organo straordinario della P.A. e di conseguenza gli atti da esso adottati dovevano essere impugnati secondo il regime ordinario delle impugnazioni. Per diverso indirizzo il commissario *ad acta* configurava, invece, un ausiliario del giudice e pertanto le determinazioni da questo assunte costituivano il frutto di attività giurisdizionale e non amministrativa (con importanti ricadute sul regime di impugnazione come si vedrà a breve).

Il codice del processo amministrativo ha posto fine al dibattito disciplinando in via espressa la figura del commissario *ad acta* e optando per la tesi da ultimo esposta: l'art. 21 del codice prevede, infatti, l'inserimento di quest'ultimo tra gli ausiliari del giudice, ivi disponendo che se il giudice deve sostituirsi all'amministrazione può nominare "come proprio ausiliario" un commissario *ad acta*.

La riforma dell'art. 114 co. 6, c.p.a. ad opera del d.lgs. n. 195/2011 ha invece permesso di fare chiarezza sui **mezzi di tutela esperibili avverso gli atti adottati da detto organo**. La previgente versione induceva alcuni a ritenere che l'impugnazione degli atti commissariali dovesse avvenire attraverso il rimedio del reclamo anche da parte di terzi estranei al giudicato. Secondo la neointrodotta formulazione, invece, soltanto le parti del giudizio possono proporre reclamo mentre ai soggetti che non siano stati parti del giudizio è consentito ricorrere secondo l'ordinario rimedio impugnatorio ex art. 29 c.p.a., con la conseguenza che il giudice di prime cure potrà sindacare gli atti emessi in sede di ottemperanza. La scelta in questione appare opportuna nella misura in cui assicura il pieno rispetto del principio del doppio grado di

giudizio.

Il reclamo va, quindi, notificato e depositato nel termine di sessanta giorni dinanzi al giudice dell'ottemperanza. Pare opportuno sottolineare che l'amministrazione non può impugnare gli atti del commissario né annullarli in sede di autotutela, in quanto parte della concreta e intangibile *regula iuris* derivante dal giudicato; per contro la P.A. può chiedere al giudice dell'ottemperanza una verifica di conformità al giudicato.

Quanto ai poteri, essendo il giudizio di ottemperanza esteso anche al merito, il commissario *ad acta* può sostituirsi agli organi dell'amministrazione anche nell'attività di valutazione e di scelta tra le varie soluzioni prospettate nel caso concreto. Alla luce delle considerazioni finora esposte preme soffermarsi sui **poteri sostitutivi del commissario ad acta, con particolare riferimento all'adozione di un provvedimento ex art. 42 bis T.U. espr.**, tema trattato da una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (per quanto riguarda gli aspetti sostanziali concernenti l'istituto dell'espropriazione si rinvia al capitolo di riferimento mentre in questa sede verranno esaminati i profili più schiettamente processuali).

Ebbene, giova preliminarmente osservare che **l'emanazione di un provvedimento ex art. 42 bis deve ritenersi preclusa in presenza di un giudicato restitutorio**, vale a dire nel caso in cui la pronuncia disponga espressamente, *sic et simpliciter*, la restituzione del bene; una simile statuizione restitutoria può per vero sopravvenire anche nel corso del giudizio di ottemperanza, ciò rappresentando *"una conseguenza fisiologica della naturale portata ripristinatoria del giudicato di annullamento di provvedimenti lesivi di interessi oppositivi d'indole espropriativa"* (Cons. di Stato, Ad. Plen., 9/2/2016, n. 2).

La questione diviene visibilmente più complessa se durante la pendenza del processo il fondo subisca alterazioni tali da rendere necessarie, ai fini della sua restituzione, rilevanti attività giuridiche o materiali. In questo caso il privato potrebbe non avere un interesse reale ed attuale alla tutela reipersecutoria - preferendo evitare di essere coinvolto in attività spesso defatiganti - ovvero, pur conservando l'interesse alla restituzione e avendo proposto la relativa domanda, potrebbe ottenere una pronuncia insoddisfacente, priva di risvolti restitutori. In entrambe le ipotesi l'Amministrazione potrà emanare il provvedimento ex art. 42-bis non sussistendo alcuna preclusione inibente.

In via generale è bene precisare che **il giudice non può condannare in sede di cognizione l'Amministrazione a emanare tout court il provvedimento in questione**: a ciò si oppongono il principio di separazione dei poteri, per cui in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati ex art. 34 co. 2, c.p.a., e quello di tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito di cui all'art. 134 c.p.a. (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5).

Al contrario è ben possibile che il giudice amministrativo, adito in sede di cognizione ordinaria ovvero nell'ambito del c.d. rito del silenzio, condanni in via generica l'amministrazione alla conclusione del procedimento affinché si determini a disporre liberamente e nel rispetto di tutte le garanzie sostanziali e procedurali l'acquisizione ex art. 42 bis ovvero a individuare altre soluzioni.

In questo caso la riconosciuta natura poliforme del giudicato amministrativo e il principio di effettività della tutela giurisdizionale consentono di porre rimedio alla totale inerzia o all'attività elusiva dell'autorità e conferiscono al giudice adito in sede di ottemperanza il potere di intervenire secondo lo schema disegnato dagli artt. 112 e ss. c.p.a.: ciò potrà avvenire direttamente o attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, il quale procederà nel rispetto delle prescrizioni e dei limiti dinanzi illustrati al fine di valutare se esistano le eccezionali condizioni legittimanti l'acquisizione coattiva del bene ex art. 42 bis.

L'Adunanza Plenaria enuncia il principio di diritto che si riporta di seguito fedelmente:

*"Il commissario ad acta può emanare il provvedimento di acquisizione coattiva previsto dall'articolo 42-bis d.P.R. 8 giugno 2011, n. 327 – Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità -:*

*a) se nominato dal giudice amministrativo a mente degli artt. 34, comma 1, lett. e), e 114, comma, 4, lett. d), c.p.a., qualora tale adempimento sia stato previsto dal giudicato de quo agitur;*

*b) se nominato dal giudice amministrativo a mente dell'art. 117, comma 3, c.p.a., qualora l'amministrazione non abbia provveduto sull'istanza dell'interessato che abbia sollecitato l'esercizio del potere di cui al menzionato art. 42-bis".*

**8. Rito sul silenzio e ottemperanza anomala: quali i limiti al potere sostitutivo del commissario ad acta? (Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione 09 febbraio 2016, n.532).**

Il rito sul silenzio, disciplinato dall'art. 117 c.p.a., consta di due fasi, l'una di cognizione, che può concludersi in caso di accoglimento con l'ordine alla P.A. di provvedere sull'istanza del ricorrente, l'altra di esecuzione. In passato detta fase si configurava in via eventuale: l'art 21 bis, co. 2, l. T.A.R. statuiva infatti che la stessa prendesse avvio soltanto a fronte dell'inesecuzione da parte dell'amministrazione.

**L'art 117 cit., ferma restando la possibilità di instaurare la fase di esecuzione in via successiva, ha introdotto l'opportunità di nominare un commissario ad acta già in sede di cognizione, sempreché vi sia stata apposita istanza.**

Si rende dunque opportuno soffermarsi sui profili specializzanti l'esecuzione sul silenzio rispetto a quella ordinaria. In particolare il commissario nominato per l'esecuzione della pronuncia di accoglimento nel rito avverso il silenzio non si limita al completamento e all'attuazione della pronuncia ma di fatto si sostituisce pienamente alla P.A. in una funzione che la stessa non ha ancora esercitato. Si ha così **una ottemperanza "anomala" o "speciale"**, dove la specialità deriva dal fatto che *"il commissario ad acta nominato nell'ambito del rito sul silenzio, può assumere un ruolo del tutto inedito, in quanto la sua attività può non essere volta al completamento ed all'attuazione del dictum giudiziale recante direttive conformative dell'attività amministrativa, ma può atteggiarsi come attività di pura sostituzione, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione se non per quanto attiene al presupposto dell'accertamento della prolungata inerzia dell'amministrazione"* (Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602).

In ordine alla natura di questo peculiare giudizio di esecuzione, introdotto in origine dalla legge n. 205/2000 nel corpo del previgente art. 21 bis cit., si sono scontrate due interpretazioni: secondo una prima ricostruzione, la norma aveva inserito nell'ordinamento una forma di controllo sostitutivo da parte del giudice e nei confronti dell'amministrazione; secondo un altro orientamento, invece, si trattava, pur con le dovute differenziazioni, di un autentico giudizio di ottemperanza.

Il primo indirizzo interpretativo faceva leva sul fatto che, qualora la consistenza dell'istituto fosse stata la stessa del giudizio di ottemperanza, sarebbe stato sufficiente un mero rinvio alle norme che disciplinano tale giudizio senza necessità di una norma *ad hoc*. Si rilevava, inoltre, che nel giudizio di ottemperanza classico il giudice dispone di un ampio strumentario volto all'esecuzione del giudicato e delle pronunce ad esso assimilate, laddove nel rito sul silenzio lo strumento è unico: la nomina obbligata di un commissario. Anche la giurisprudenza sosteneva che, nell'ipotesi di cui all'art. 2 della L. 205/2000, il commissario *ad acta* somigliasse più a un organo straordinario dell'amministrazione inadempiente che ad un ausiliario del giudice dal momento che egli operava in luogo dell'amministrazione, mentre il giudice si limitava esclusivamente alla nomina dello stesso. Il rito sul silenzio, perciò, non si concludeva con una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma con un semplice atto di nomina con cui il giudice demandava tutto all'organo amministrativo straordinario, dotato di piena autonomia decisoria. Conseguentemente, nel sistema introdotto dalla L. 205/2000, gli atti del commissario *ad acta* venivano ritenuti veri e propri atti amministrativi adottati in luogo dell'amministrazione aggredibili, pertanto, con i rimedi impugnatori ordinari.

In contrapposizione alle argomentazioni sin qui esposte, un secondo orientamento riteneva che l'art. 21 bis contemplasse un autentico giudizio di ottemperanza, **costituendo il previsto atto di nomina del commissario una vera e propria sentenza di ottemperanza, in cui il giudice dettava anche le direttive per l'operato dell'amministrazione.** Per questa via si consentiva, almeno nella fase esecutiva del rito silenzio, un giudizio di merito.

**Tale tesi sembra oggi confermata dalla disciplina introdotta dal codice del processo amministrativo** in cui la figura del commissario *ad acta* riceve puntuale riconoscimento normativo nell'art. 21 e nell'art. 114 comma 2, lettera d), c.p.a.. Inoltre, il terzo comma dell'art. 117 c.p.a. prevede che il giudice conclude il giudizio con una vera e propria sentenza con cui, da un lato definisce il giudizio e dall'altro, solo ove ciò occorra, nomina il commissario *ad acta*, salvo il caso in cui la nomina avvenga successivamente su istanza della parte interessata. A supporto ulteriore del secondo indirizzo interpretativo vi è poi la previsione di cui all'art. 117 cit. che consente al giudice di conoscere tutte le questioni relative all'esatta

adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario che, quale organo ausiliario del giudice, non è dotato di piena autonomia decisoria.

Ciò chiarito occorre interrogarsi sui limiti del potere sostitutivo del commissario *ad acta* nel rito del silenzio.

La più recente giurisprudenza non ha mancato di sottolineare la natura meramente formale del giudicato sul silenzio che, lungi dal soddisfare una pretesa di tipo sostanziale, attribuisce una partita strumentale all'*utilitas* finale che consiste in un ordine a provvedere. Ebbene, in tale contesto la funzione sostitutiva del commissario trova un limite invalicabile nella realtà dei fatti e cioè nella già intervenuta ottemperanza al *dictum* della sentenza.

Questo perché l'effetto conformativo del giudicato ha ragione di esistere e di operare sul presupposto dell'inadempimento, essendo funzionale all'adempimento di un obbligo nonché all'esercizio di una attività amministrativa ad esso conforme. Di conseguenza, se vi è un atto amministrativo, anche precedente, che sostanzialmente soddisfa l'effetto conformativo, non vi è ragione di attività di esecuzione, atteso che il provvedimento adottato già ha realizzato l'obbligo affermato in sentenza.

In tal modo, osserva il Consiglio di Stato, non è violato il giudicato ma semplicemente si dà atto dell'esistenza di una realtà che è già conforme ai suoi contenuti, in quanto l'ordine reso dal giudice è già stato attuato dall'amministrazione (soggetto istituzionalmente ed ordinariamente competente all'esercizio dell'attività); la conseguenza è che non vi è ragione di esecuzione e che questa, se avviata, dovrà arrestarsi (per una esaustiva trattazione del tema v. *Natura delle cose e giudicato sul silenzio*, ANTONIO MICOLANI, FRANCESCA D'AGOSTINO in *Il nuovo diritto amministrativo*, 4/2016, DIKE).

Si riporta un interessante passaggio della pronuncia ora in commento:

" (...) giacché il Commissario serve ad attuare la decisione giurisdizionale non ottemperata, è evidente che tale organo deve, all'atto dell'insediamento, verificare se una ritipizzazione vi è stata. In caso positivo, egli non può rinnovarla, in quanto la sua funzione è quella di sostituirsi all'amministrazione inerte e, pertanto, tale sostituzione non è possibile qualora l'attività, di cui il giudice ha affermato l'obbligo in capo all'amministrazione, sia stata comunque da essa posta in essere.

Né la sentenza sconta di contraddittorietà laddove afferma che c'è un giudicato, ma che esso è attuato con una attività precedente all'ordine.

Invero, in disparte le considerazioni più sopra rese, deve essere ribadito che l'ordine opera, in termini di possibilità di esecuzione, nella misura in cui vi sia un inadempimento; se, dunque, si è in presenza di una attività che lo soddisfa, esso è già attuato e, dunque, non vi è spazio per una conformazione in via sostitutiva".

### **9. L'atto istruttorio del commissario ad acta è reclamabile ex art. 114 c. 6 CPA? (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 628).**

In una recentissima pronuncia il Consiglio di Stato stabilisce i confini dell'art. 114, co. 6, c.p.a., in forza del quale "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario". In particolare si osserva che **il reclamo, disciplinato dalla norma sopra richiamata, può essere esperito soltanto qualora il commissario ad acta debba esercitare un effettivo potere decisionale. Quando, invece, la funzione sia di tipo meramente istruttorio o preparatorio, essendo l'esecuzione del giudicato destinata a sostanzarsi in successivi provvedimenti discrezionali di competenza dell'autorità amministrativa, le contestazioni delle parti interessate devono essere proposte secondo le regole generali, vale a dire mediante l'impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento.** Ciò si spiega in virtù del fatto che in sede di decisione del reclamo proposto contro l'atto infraprocedimentale, che costituisce la proposta del commissario *ad acta* alla p.a., il giudice amministrativo non può emettere statuizioni che possano incidere sull'esercizio dei poteri istituzionali di cui è titolare l'autorità competente all'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento. Sotto tale aspetto, oltre ai principi desumibili dallo stesso art. 114 del c.p.a., rileva anche il principio di carattere generale previsto dall'art. 34, comma 2, c.p.a., (per il quale "*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*"), principio che come visto è derogato soltanto nell'ipotesi in cui si tratti di dare esecuzione a giudicati che precludano l'esercizio di poteri discrezionali, ma non anche quando proprio il giudicato abbia

fatto salvo l'ulteriore esercizio dei poteri discrezionali. Per cui, una volta emesso il provvedimento conclusivo del procedimento, adottato su proposta del commissario *ad acta*, si profila, in capo a chi ne sia stato leso, un onere di impugnazione, onere non escluso dall'art. 114, comma 6, del c.p.a..

Ne deriva che il parallelo svolgimento di un distinto contenzioso – sorto col reclamo e incentrato specificamente sullo scrutinio dell'attività commissariale – risulta conclusivamente qualificabile come una duplicazione processuale, priva di autonoma utilità.

Si riporta un passaggio di questa interessante pronuncia:

*"Tanto premesso, il Collegio ritiene che il reclamo disciplinato dall'art. 114, comma 6, del c.p.a. possa essere giudicato esperibile quando il commissario ad acta debba esercitare in concreto un effettivo potere decisionale.*

*Quando invece il commissario ad acta, come è avvenuto nella specie, abbia esercitato un ruolo solo istruttorio e preparatorio rispetto a un'esecuzione del giudicato destinata a sostanzarsi in successivi provvedimenti discrezionali di competenza delle autorità amministrative, le contestazioni delle parti interessate devono in tal caso essere proposte, secondo le regole generali, in sede di impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento"* (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 628).

**10. Astreintes: è ammissibile la comminatoria delle penalità di mora, di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, nel caso in cui il ricorso per ottemperanza venga proposto in ragione della non esecuzione di una sentenza che abbia imposto alla pubblica amministrazione il pagamento di una somma di denaro? (Ad. Plen., Cons. St., 25 giugno 2014, n. 15).**

L'*astreinte* è una misura coercitiva indiretta che mira ad assicurare tutela al privato in caso di inadempimento dell'amministrazione in seguito al giudizio di ottemperanza. L'art. 114, co. 4, lett. e) c.p.a. stabilisce infatti che il giudice, "se non sussistono ragioni ostative", e quindi con valutazione rimessa alla sua discrezionalità, "fissa", su richiesta di parte, una somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato. Si tratta di un meccanismo automatico di *penalità pecuniarie*, sul genere delle *astreintes* introdotte dalla L. 69/2009 nel processo civile e disciplinate dall'art. 614 bis c.p.c., che realizza nel sistema di giustizia amministrativa un sistema efficiente ed articolato di tutela avverso la mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione, secondo **un modello parzialmente ispirato a quelli già diffusi negli altri paesi europei** (le *astreintes francesi*, le *geldstrafe* tedesche, il *concept od court* e la *specific performance* inglesi).

**I profili differenziali tra la penalità di mora ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., rispetto all'omologo istituto di cui all'art. 614 bis c.p.c.** possono sintetizzarsi nei seguenti cinque aspetti:

1) in primo luogo, mentre la sanzione di cui al 614-bis c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal Giudice Amministrativo, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di congegno imposto dal comando giudiziale;

2) in via consequenziale, nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata al fatto eventuale dell'inadempimento; al contrario, nel processo amministrativo l'*astreinte*, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione in quanto è generalmente disposta in seguito al riscontrato inadempimento della P.A.;

3) le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia in quanto estensibili all'inadempimento di obblighi diversi ed ulteriori rispetto a quelli aventi ad oggetto un *non fare* o un *fare* infungibile (sul punto ci si soffermerà a breve);

4) in quarto luogo, la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione dell'ammontare della somma fissati dall'art. 614 bis c.p.c.;

5) infine, il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza ed al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative".

Quanto alla natura dell'istituto si osserva che l'art. 114 cit. consente al giudice amministrativo di pronunciare una condanna al pagamento di una somma di denaro senza specificare la

portata risarcitoria ovvero sanzionatoria della misura.

A sanare la lacuna normativa è intervenuta la giurisprudenza, chiarendo che la penalità assolve una finalità sanzionatoria e non risarcitoria: la penalità di mora non è infatti volta a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e a stimolare il debitore all'adempimento (Cons. St., Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688).

Quanto detto pare coerente con il fatto che la misura prescinde dalla prova, o anche solo dalla rappresentazione, di un danno ed è quantificata *ex ante*.

Nel sistema processuale amministrativo **lo strumento in esame non mira, quindi, a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza, ma è volto a dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza.** L'*astreinte* pertanto è una sanzione, a carattere anticipatorio o preventivo, in grado di esercitare sul resistente una forma di induzione, *rectius* coercizione, indiretta all'esecuzione.

Si osservi che la statuizione del giudice amministrativo che impone il pagamento della somma di denaro a sanzione dell'ipotetica violazione, inesecuzione o ritardo nell'esecuzione del giudicato, costituisce titolo esecutivo ex art. 474, comma 1, n. 1, c.p.c.. Ciò consente l'applicazione dell'art. 115 c.p.a., ai sensi del quale le pronunce del giudice amministrativo che costituiscono titolo esecutivo "sono spedite, su richiesta di parte, in forma esecutiva" (comma 1). Aggiunge il comma 2 che i provvedimenti che dispongono il pagamento di somme di denaro costituiscono titolo anche per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal Libro III del codice di procedura civile, oltre che per l'iscrizione di ipoteca.

**Il ricorrente, pertanto, dinanzi all'inadempimento dell'amministrazione resistente non deve rivolgersi all'autorità giudiziaria per chiedere l'accertamento della violazione, ma ha diritto ad agire esecutivamente in danno di quest'ultima con l'instaurazione di un processo espropriativo finalizzato alla soddisfazione della pretesa pecuniaria.** In virtù del rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile "per quanto non espressamente previsto dal presente codice" operato dall'art. 39, co. 1 c.p.a., il ricorrente può notificare un atto di precetto al resistente, intimando il pagamento della somma di denaro predeterminata nel titolo e assumendo la mancata, inesatta o tardiva esecuzione del giudicato. L'amministrazione resistente, in tal caso, ha facoltà di proporre opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. per contestare la sussistenza della violazione e, dunque, il titolo a pretendere la somma di denaro.

Come accennato il giudice amministrativo può rigettare l'istanza proposta dal ricorrente ai sensi dell'art. 114 cit. ove la richiesta sia "*manifestamente iniqua*", formula quest'ultima piuttosto generica e tale da attribuire al giudice un potere discrezionale assai ampio e limitato dal solo obbligo di motivazione, ovvero in presenza di "*altre ragioni ostative*"; si ritiene che tali ragioni, non contemplate nell'omologo istituto di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., siano da ricondurre alla peculiare natura del giudizio di ottemperanza ovvero alla natura del rapporto controverso che vede quale parte necessaria una pubblica amministrazione.

Sul punto ci si domanda se le ristrettezze finanziarie e le limitazioni di bilancio, che sempre più attanagliano le Pubbliche Amministrazioni, possano consentire la totale esenzione dell'Amministrazione inadempiente dalle penalità di mora, specie alla luce delle modifiche introdotte dalla legge di stabilità per il 2016 nell'art. 3, comma 7, della l. n. 89 del 2001. Sul punto il Consiglio di Stato chiarisce che ferma restando l'assenza di preclusioni astratte sul piano dell'ammissibilità, **spetta al giudice dell'ottemperanza, dotato di un ampio potere discrezionale sia in sede di scrutinio delle esimenti che in sede di determinazione dell'ammontare della sanzione, verificare se le circostanze addotte dal debitore pubblico assumano rilievo al fine di negare la sanzione o di mitigarne l'importo.**

Quanto alle **modifiche introdotte dalla legge di stabilità per il 2016 nell'art. 3, comma 7, della legge n. 89 del 2001**, per effetto delle quali "l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene nei limiti delle risorse disponibili nel relativo capitolo" ma "fatto salvo il ricorso al conto sospeso" si osserva che, a seguito di tale innovazione normativa scema di molto l'effetto impeditivo al pagamento dell'equa riparazione derivante dalla momentanea incapienza del relativo capitolo di bilancio. Tuttavia, poiché la penalità di mora non deve risolversi in una ragione di ingiustificato arricchimento per il creditore né essere eccessivamente afflittiva, spetta al giudice valutare in concreto, sia in sede di verifica della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura che al momento dell'esercizio del potere discrezionale di

graduazione dell'importo, le peculiari condizioni del debitore pubblico (Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1444).

Alla luce delle considerazioni finora esposte occorre verificare se la comminatoria delle penalità di mora di cui all'art. 114 co. 4, lett e), c.p.a. sia ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113 cit., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria.

La questione origina dal fatto che nel processo amministrativo difetta una previsione che limiti in via espressa l'istituto alle ipotesi di inadempimento di obblighi di *non facere* o di *facere* infungibile, sicché sorge il problema della applicabilità delle penalità nel caso di ottemperanza a sentenze aventi ad oggetto un *dare* pecuniario.

Prima dell'intervento della Plenaria vi era in materia un acceso contrasto interpretativo.

Secondo un primo indirizzo, invero prevalente, l'applicazione delle penalità di mora era ammessa anche con riferimento a sentenze di condanna pecuniaria: a sostegno dell'assunto stavano il tenore letterale della disposizione, che come detto, a differenza dell'art. 614 bis cod. proc. civ., non pone alcuna distinzione per tipologia di condanna, e soprattutto la *ratio* dell'istituto che, consistendo nella coercizione indiretta, non ammette diversità di trattamento.

Un opposto indirizzo interpretativo, invece, riteneva che in caso di sentenze di condanna pecuniaria andasse esclusa l'applicazione delle penalità di mora sulla scorta del fatto che altrimenti opinando si sarebbe introdotta una disparità di tutela: a seconda della giurisdizione, civile o amministrativa, il creditore pecuniario della p.a. avrebbe infatti potuto ottenere diverse utilità.

A ciò si aggiungeva la ritenuta iniquità della condanna al pagamento di una somma di denaro laddove l'obbligo oggetto della domanda giudiziale fosse esso stesso di natura pecuniaria, e dunque già assistito dall'obbligazione accessoria di corresponsione degli interessi legali; in altri termini si obiettava l'irrazionale duplicazione delle misure volte a ridurre l'entità del pregiudizio derivante dalla violazione, sub specie di inosservanza o ritardo, del giudicato nonché l'ingiustificato arricchimento del soggetto già creditore della prestazione principale e di quella accessoria. (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819).

Infine si rimarcava l'impossibilità di cumulare un modello di esecuzione surrogatorio con altro di carattere compulsorio dal momento che il sistema nazionale di esecuzione amministrativa, connotato da caratteri di estrema incisività e pervasività, pone già a presidio delle ragioni del creditore "la doppia garanzia sul piano patrimoniale del riconoscimento degli accessori del credito e su quello coercitivo generale dell'intervento del Commissario ad acta" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 18 aprile 2014, n. 2004).

Prendendo posizione sulla questione, **l'Adunanza Plenaria aderisce al primo degli orientamenti richiamati, ammettendo così l'operatività dell'istituto senza distinzioni e dunque anche con riferimento alle decisioni di condanna adottate dal Giudice Amministrativo ex art. 112 c.p.a. aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie.**

A sostegno dell'opzione estensiva si richiamano ben quattro argomenti, di matrice comparata, letterale, sistematica e costituzionale.

Quanto all'aspetto comparato, si evidenzia che il sistema francese, modello sul quale sono stati conformati gli istituti nazionali che prevedono l'irrogazione della penalità di mora, è connotato da un'indiscussa funzione sanzionatoria, essendo teleologicamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e non un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza. Il modello transalpino, quindi, in aderenza al *favor* espresso dalla giurisprudenza della C.E.D.U. verso la massima estensione, anche *in executivis*, dell'effettività delle decisioni giurisdizionali dimostra che il rimedio compulsorio in esame può operare anche per le condanne pecuniarie, in quanto non conosce limiti strutturali in ragione della natura della condotta imposta dallo *iussum iudicis*.

Attraverso l'argomento letterale si sottolinea invece che, come emerge dall'analisi dell'art. 114, comma 4, lettera e), c.p.a., il legislatore ha inteso adattare la conformazione dell'istituto alle peculiarità del processo amministrativo, estendendo quanto possibile il raggio d'azione delle penalità di mora: la norma non ha, infatti, riprodotto il limite previsto dalla legge di rito civile nel titolo dell'art. 614 bis c.p.c. e costituito dalla riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi di non fare o di fare infungibile. A ciò si aggiunga che la norma in esame non solo non contiene un rinvio esplicito all'art. 614 bis cit., ma neppure richiama implicitamente il modello processual-civilistico. In definitiva, a fronte dell'ampia formulazione dell'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a., non pare ricorra alcuna lacuna e di conseguenza qualsiasi

operazione interpretativa che voglia estendere le limitazioni del processo civile non può che tradursi *"in un'inammissibile analogia in malam partem volta ad assottigliare lo spettro delle tutele predisposte dal codice del processo amministrativo nel quadro di un potenziamento complessivo del giudizio di ottemperanza"*.

L'argomento sistematico mira, invece, ad evidenziare le diversità che ricorrono tra il processo civile a quello amministrativo in materia di tecniche di esecuzione.

Nel processo civile si osserva che, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili *in re*, la previsione della penalità di mora ha ragion di essere solo con riferimento a quest'ultimo tipo di decisioni poiché solo per le pronunce non eseguibili in modo forzato difetta qualsivoglia forma di esecuzione diretta: la coercizione indiretta serve infatti a sanare un vuoto di tutela. La tecnica compulsoria di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. pone dunque rimedio all'anomalia delle *sentenze di condanna senza esecuzione*, supplendo alla mancanza di una tecnica surrogatoria.

Nel processo amministrativo, invece, tutte le prestazioni sono surrogabili, anche quelle aventi ad oggetto un dare: grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza è possibile infatti nominare un commissario *ad acta* che attraverso i poteri sostitutivi può surrogarsi alla P.A. nell'attuazione di qualsivoglia condotta. Alla luce di ciò si osserva che la penalità di mora non può che assumere una più marcata connotazione sanzionatoria, trattandosi, appunto, di una tecnica compulsoria che si affianca - in termini di completamento e cumulo - alla tecnica surrogatoria. In un simile contesto non vi è ragione che giustifichi un trattamento differenziato a seconda dell'oggetto della prestazione in quanto *"detta fisionomia impedisce di distinguere a seconda della natura della condotta ordinata dal giudice, posto che anche per le condotte di fare o non fare, al pari di quelle aventi ad oggetto un dare (pecuniario o no), vige il requisito della surrogabilità/fungibilità della prestazione e, quindi, l'esigenza di prevedere un rimedio compulsivo volto ad integrare quello surrogatorio"*.

Da ultimo, con riferimento all'argomento costituzionale, si sottolinea per un verso che non sussiste alcuna disparità collegata all'opzione potestativa del creditore di ricorrere al rimedio dell'esecuzione forzata civile, priva dello strumento della penalità di mora per le sentenze di condanna pecuniaria, ovvero all'ottemperanza, rafforzata invece dalla comminatoria delle *astreintes*. Invero, tenendo conto dei soggetti di diritto e non delle tecniche di tutela dagli stessi praticabili, si evidenzia che la possibilità per un creditore pecuniario della pubblica amministrazione di utilizzare due diversi meccanismi di esecuzione, lungi dal porre in essere una disparità di trattamento, arricchisce il bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. e dei canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 c.p.a.

D'altro canto, nella specie non sussiste alcuna discriminazione ai danni del debitore pubblico, per essere lo stesso sottoposto, diversamente dal debitore privato, a tecniche di esecuzione diversificate e più incisive. Tale differenziazione è infatti il precipitato logico della peculiare condizione in cui versa il soggetto pubblico destinatario di un comando giudiziale: i canoni costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici qualificano in termini di maggior gravità l'inosservanza da parte di tali soggetti del precetto giudiziale e giustificano la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si iscrive, appunto, il meccanismo delle penalità di mora.

Pertanto, sulla scorta delle riferite argomentazioni, l'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: *"Nell'ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria"*.

#### **11. Recenti questioni giurisprudenziali:**

**a) la nomina del commissario ad acta e l'astreinte sono rimedi alternativi? (Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3945).**

**b) l'astreinte può essere disposta ex officio? (Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2016, n. 3732).**

La penalità di mora, come già chiarito, costituisce una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nel novero delle pene private o sanzioni civili indirette, il cui fine è assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non

esatta o comunque non tempestiva esecuzione della sentenza di merito (Cons. St., Sez. V, 20/12/2011, n. 6688).

Alla luce di questa premessa occorre verificare **la coerenza e possibile coesistenza del rimedio in parola con la tecnica surrogatoria che permea il giudizio di ottemperanza e che consiste nella nomina del commissario ad acta.**

Ebbene, il Consiglio di Stato nella pronuncia ora in commento dimostra di condividere l'orientamento già espresso dall'Adunanza Plenaria che ritiene i due rimedi non alternativi, bensì cumulabili. Invero, se si considerano le finalità dell'istituto, volto a indurre l'amministrazione alla sollecita esecuzione della sentenza, la fissazione di una misura di *astreinte* che affianchi la nomina di un commissario *ad acta* "ha un senso logico e trova la sua giustificazione, proprio perché con la doppia richiesta (*astreinte* e nomina commissario *ad acta*) si perviene non già alla doppia riparazione di un unico danno (quello da ritardo nell'esecuzione), ma si ottiene l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria" (Cons. St., Sez. IV, 27 settembre 2016, n. 3945).

Quanto al secondo quesito il Consiglio di Stato, rifacendosi al tenore letterale dell'art. 114 del cpa e all'orientamento dominante, chiarisce che **la sanzione dell'*astreinte* deve essere richiesta dalla parte interessata**: infatti, solo con la richiesta unitamente al ricorso per ottemperanza la parte esprime univocamente tanto la convinzione che la sentenza, ovvero il decreto, non sia stato osservato, quanto la volontà di ottenerne l'esecuzione (Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2016, n. 3732).

Si coglie l'occasione per sottolineare che la violazione, l'inosservanza ed il ritardo che giustificano la condanna al pagamento dell'*astreinte* sono solo quelli successivi alla pronuncia del giudice dell'ottemperanza. Tale conclusione oltre ad essere fondata sulla lettera della norma è anche in linea con la natura e la finalità dell'istituto, come chiarite dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la sentenza n. 15 del 25/6/2014. L'*astreinte* assolve infatti ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non ad una funzione riparatoria, onde costituisce pena e non risarcimento, trattandosi di istituto con funzione deterrente e general-preventiva. "Tale funzione dissuasiva può realizzarsi solo per comportamenti successivi all'ordine del giudice che ne dispone il pagamento, assumendo, invece, ove la si riferisca anche ad inadempimenti pregressi, natura meramente risarcitoria" (Cons. St., Sez. IV, 23 maggio 2015 n. 3150).

## **12. In quali casi è ammessa, nel giudizio di ottemperanza, la proposizione di una domanda risarcitoria? (Cons. Stato Sez. IV, 16.1.2013, n. 258).**

La precedente formulazione dell'art. 112, co. 3, c.p.a. ammetteva la possibilità di esperire l'azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione ed interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché l'azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato. Il quarto comma della medesima disposizione, abrogato dal dlgs. 195/2011, consentiva invece la proposizione di azione di condanna al risarcimento del danno derivante dall'emanazione o esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo ex art. 30 co. 5, c.p.a. per i danni riferibili al periodo precedente al giudicato. Quest'ultima norma consentiva, pertanto, in sede di ottemperanza la proposizione della c.d. domanda risarcitoria autonoma, il cui scrutinio aveva natura evidentemente cognitoria: ciò mal si conciliava con le limitazioni procedurali che caratterizzano il giudizio di ottemperanza. Onde, per tale domanda si è ritenuto di dover affermare l'esigenza di un ordinario giudizio di cognizione. Il legislatore, oltre a disporre l'abrogazione del comma quarto dell'art. 112 cit, è intervenuto altresì sul comma terzo di cui sopra, riformandolo. In particolare è stato stabilito che l'azione può essere proposta anche in unico grado davanti al Consiglio di Stato e che sono ammesse unicamente le domande di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato.

È stato opportunamente osservato che **l'azione di cui all'art. 112 co. 3, cit. presenta dunque carattere di cognizione, in quanto non è rivolta all'attuazione di una precedente sentenza o provvedimento equiparato**, i quali ne costituiscono soltanto il proprio presupposto, ma è un'azione nuova, esperibile proprio perché l'ottemperanza stessa non è stata realizzata; la competenza a conoscerne è, per evidenti ragioni di economia processuale e di effettività della tutela giurisdizionale (a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio), attribuita al giudice dell'ottemperanza.

Sul punto la giurisprudenza precisa inoltre che oggetto del risarcimento per equivalente non è la sola attività positiva o inerte dell'amministrazione a seguito della sentenza da ottemperare ma, in via generale, la lesione della posizione sostanziale accertata dal giudice della cognizione e coperta dal passaggio in giudicato. *"Non a caso l'art. 112, comma. 3 c.p.a. evidenzia un danno "connesso" alla impossibilità dell'esecuzione e non già "conseguente" a tale impossibilità; dunque non si tratta, necessariamente, di un danno "nuovo", bensì (anche) del danno accertato con la sentenza passata in giudicato, non più riparabile nelle forme ivi indicate. A questo primo aspetto del danno risarcibile può aggiungersi, qualora questo ricorra in concreto e laddove sia debitamente provato, l'ulteriore danno derivante ex se dall'attività dell'Amministrazione, ad esempio derivante dal provvedimento adottato in elusione o violazione di giudicato e dichiarato nullo dal giudice dell'ottemperanza. Il danno risarcibile consiste quindi nella originaria ed accertata in cognitorio lesione della posizione giuridica sostanziale"* (Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259; T.A.R. Campania, Sez. IV, 15 aprile 2016, n. 1864).

Nell'ipotesi in cui, invece, il danno non derivi della mancata attuazione del giudicato ma sia diretta conseguenza dell'illegittimità o illiceità di un atto - per cui la mancata ottemperanza del giudicato altro non è che la conseguenza dell'ulteriore protrarsi degli effetti dannosi causati dall'atto - l'azione risarcitoria è indubbiamente ammessa ma deve essere portata davanti al giudice munito di giurisdizione sulla materia sostanziale.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha chiarito con riferimento all'azione ex art. 112, co. 3, cit. quanto segue:

*"In quest'ultimo caso, l'azione - che ha chiaramente natura risarcitoria, essendo in tal modo definita dal Codice - non è rivolta all' "attuazione" di una precedente sentenza e/o provvedimento equiparato, ma essa trova in questi ultimi solo il presupposto perché un nuovo e distinto comportamento dell'amministrazione, che si presenti inottemperante, violativo o elusivo del giudicato, renda impossibile il ripristino della posizione soggettiva innanzi pregiudicata dalla stessa amministrazione (anche) mediante un esercizio illegittimo del potere amministrativo ovvero sia produttivo di danno. Si tratta, a tutta evidenza, di una azione nuova, esperibile proprio perché è l'ottemperanza stessa divenuta impossibile ovvero ulteriori danni sono derivati alla parte vittoriosa per mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato, e in ordine alla quale la competenza a giudicare è, per evidenti ragioni di economia processuale e, quindi, di effettività della tutela giurisdizionale, attribuita al giudice dell'ottemperanza"*(Cons. Stato Sez. IV, 16.1.2013, n. 258).

### **13. La tutela risarcitoria nel caso di giudicato impossibile da eseguire.**

La relazione tra il processo amministrativo e l'azione di risarcimento del danno è stata da sempre a dir poco tormentata. La progressiva introduzione dell'esperibilità dell'azione risarcitoria, dapprima all'interno della giurisdizione esclusiva e solo a partire dall'avvio del nuovo millennio anche in seno alla giurisdizione generale di legittimità, è stata accompagnata da un elevato margine di incertezza in ordine non solo al sostrato sostanziale di riferimento nella definizione degli elementi dell'illecito dell'amministrazione, ma anche a quello processuale. Impossibile in questa sede soltanto accennare a tematiche quali quelle della cd. pregiudizialità ovvero dell'esatta decorrenza del dies a quo per proporre l'azione risarcitoria, non resta che prendere atto dell'emersione di un ulteriore elemento di criticità, che la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 2/2017, non pare riuscire a risolvere in modo convincente.

Ma procediamo con ordine e riduciamo l'oggetto della presente indagine, perché gran parte della citata sentenza del massimo consesso della giustizia amministrativa, si trova ad affrontare la delicata tematica delle conseguenze del giudicato non eseguibile. Ossia della possibilità per il titolare del bene della vita, che non possa più conseguirlo pur potendo contare su di un giudicato favorevole, di soddisfare per equivalente la propria pretesa.

L'Adunanza Plenaria è chiamata a districarsi tra una serie di questioni giuridiche di non facile soluzione in materia in presenza di non pochi elementi di disturbo, quali l'acclarata "crisi" del giudicato, l'assenza di una disciplina chiara degli elementi dell'illecito da attività amministrativa autoritativa, ed il contemporaneo insorgere di un contrasto all'interno della giurisprudenza della Cassazione civile sul tema della causalità. Una vera e propria tempesta

perfetta, che si materializza nel contenzioso, i cui termini fattuali devono così essere ricostruiti: a) all'esito di una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di fornitura e lavori, una stazione appaltante aggiudica la gara ad un'A.T.I.; b) successivamente, rilevato che l'impresa mandataria della detta A.T.I. aveva una posizione contributiva irregolare, revocava l'aggiudicazione provvisoria a suo favore ed aggiudicava definitivamente la gara ad altra impresa concorrente; c) entrambi i provvedimenti venivano impugnati dall'originaria aggiudicataria; d) il TAR accoglieva il ricorso, ponendo nel nulla l'efficacia dei detti provvedimenti; e) la sentenza di primo grado veniva impugnata dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, che, respinta la richiesta di sospensione cautelare, rilevava la presenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione concernente la possibilità di ammettere la cd. regolarizzazione postuma del DURC negativo e rimetteva la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; f) quest'ultima con sentenza n. 6/2016, sconfessava la tesi propugnata dal TAR ed accoglieva l'appello, confermando, pertanto, la bontà dei provvedimenti impugnati; g) l'appellante, quindi, proponeva ricorso per ottemperanza, lamentando che la stazione appaltante, nonostante a tanto diffidata, non eseguiva il giudicato e conseguentemente domandava l'affidamento dell'appalto in questione con correlata penalità di mora per il ritardo, ovvero, in subordine, in caso di impossibilità di esecuzione della sentenza il risarcimento del danno.

Il contenzioso giunge, quindi, all'attenzione dell'Adunanza Plenaria non in ragione della remissione operata in forza di quanto dispone il comma 1 o il comma 3 dell'art. 99 c.p.a. ovvero in ragione di un contrasto giurisprudenziale o di una richiesta di revirement, ma in quanto il giudicato di cui si invoca l'ottemperanza è una pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria in sede di cognizione. Difetta, pertanto, la presenza di quesiti formulati dalla Sezione remittente, ed il giudizio si articola in ragione delle specifiche domande della parte vittoriosa in cognizione e delle difese esposte dall'amministrazione intimata, nonché dall'originaria ricorrente nel giudizio di cognizione.

La prima, n particolare, sottolineava, da un lato, l'assenza di un inottemperanza al giudicato, per essere

stato il contratto interamente eseguito interamente prima della pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 6/2016. Dall'altro, invece, evidenziava la responsabilità unica dell'illegittimo affidatario ed esecutore dei lavori.

La seconda, invece, sosteneva il difetto di legittimazione passiva in relazione alla domanda risarcitoria, essendosi limitata a dare esecuzione alla sentenza di primo grado che sarebbe stata in seguito riformata dall'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria, n. 2/2017, per risolvere il contenzioso, individua le seguenti questioni: a) la natura, i presupposti e l'ambito soggettivo dell'azione disciplinata dall'art. 112, comma 3, c.p.a.; b) le peculiarità derivanti dalla circostanza che il giudicato accerti la legittimità del provvedimento impugnato e l'influenza delle vicende processuali; c) la quantificazione del danno da mancata aggiudicazione ed il correlato regime probatorio.

I giudici di Palazzo Spada chiariscono immediatamente che il parametro normativo di riferimento per collocare la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente è dato dall'art. 112, comma 3, c.p.a., come novellato dal d.lgs. n. 195/2011, secondo il quale: «Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione». In definitiva, il risarcimento consegue all'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato, essendo stata, medio tempore, la prestazione del contratto oggetto di gara integralmente eseguita. La pronuncia mette sin da subito in luce la distanza tra il modello contenuto nel citato art. 112, e l'archetipo rappresentato dall'art. 1218 c.c. Questi i tratti di peculiarità: a) il presupposto rappresentato dal danno derivante da impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato, pur in assenza di un'elusione o violazione dello stesso; b) il carattere non solo processuale, ma anche sostanziale della norma che in deroga al dettato di cui all'art. 1218 c.c. prevede una forma di responsabilità che prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato, attraverso una conversione ex lege dell'obbligo di assicurare il bene in forma specifica nell'obbligo di risarcire il danno.

Da ciò deriva, quindi, che si è in presenza di una responsabilità oggettiva, per la quale non è ammessa alcuna liberatoria fondata sull'assenza di dolo o colpa a favore del danneggiante, ma solo la dimostrazione del venir meno del nesso causale. L'azione in questione si colloca, quindi, all'interno di quella concezione rimediabile, che assicura l'effettività della tutela giurisdizionale.

L'obbligazione risarcitoria ex lege fonda, quindi, su due elementi oggettivi, rappresentati dal nesso di causalità e dall'antigiuridicità della condotta: la mancata esecuzione del giudicato deve dipendere dalla condotta del danneggiante e non deve essere giustificata da alcuna scusante.

Ai fini del riscontro del nesso di causalità la Plenaria richiama quali norme di riferimento quelle di cui agli artt. 40 e 41 c.p., che declinano la regola della condicio sine qua non temperata dal principio di causalità efficiente. Pertanto, come nel sistema civilistico il creditore è tenuto ad allegare e provare l'esistenza del titolo e ad allegare l'esistenza di un valido nesso causale secondo la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non". Mentre spetta in capo al debitore l'onere di provare il fortuito, comprensivo del fatto del terzo, restando a suo carico il fatto ignoto.

Inquadrati in termini generali la natura ed i presupposti dell'azione, i giudici di Palazzo Spada ne passano a trattare l'ambito soggettivo, dal momento che la richiesta risarcitoria viene avanzata non solo nei confronti della stazione appaltante, ma anche dell'ATI esecutrice delle opere. Al riguardo, la Plenaria richiama l'orientamento secondo il quale la giurisdizione del giudice amministrativo in forza della natura solidale della responsabilità può estendersi all'impresa beneficiaria del provvedimento illegittimo, che in caso l'azione risarcitoria venga spiegata in sede di ottemperanza poggia anche sull'obbligo di esecuzione del giudicato che non grava sulla sola amministrazione, ma si estende anche alle parti private. Ma lo ritiene poco convincente, da un lato perché le norme processuali dalle quali vengono tratti argomento a sostegno dell'opposta tesi non possono che presupporre e non fondare la giurisdizione; dall'altro, perché l'azione in questione avente ad oggetto un diritto soggettivo vedrebbe protagoniste due parti private, sicché una diversa interpretazione non sarebbe in linea con il precetto costituzionale contenuto nell'art. 103 cost. che lega la giurisdizione del g.a. alla necessaria presenza di una parte pubblica.

In questo senso la necessaria estensione del contraddittorio al soggetto privato intimato e l'obbligo anche su questo gravante di darvi esecuzione si spiega con la necessità di rendere opponibile il dictum giudiziale anche al terzo e di fare in modo che anche il privato ponga in essere quei comportamenti riflessi e consequenziali rispetto all'attività adempitiva dell'amministrazione, necessari per assicurare l'esecuzione in forma specifica del giudicato.

Ciò non esclude, precisa la Plenaria, che l'amministrazione possa esercitare un'azione di regresso nei confronti del privato beneficiario dell'atto, questione esulante dal thema decidendi oggetto della pronuncia in esame.

Rispetto alla detta ricostruzione teorica l'Adunanza, da un lato, ha cura di precisare, con un passaggio che avrebbe meritato, però, un maggiore approfondimento, che l'esistenza di una pronuncia esecutiva del TAR sia in grado di recidere il nesso causale tra la condotta dell'amministrazione e l'impossibilità di eseguire il giudicato. Dall'altro, rimarca che all'indomani della pronuncia di primo grado vi è stata una particolare sia della fase dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto avvenute senza attendere l'udienza cautelare dinanzi al Consiglio di Stato, sia di quella dell'esecuzione dei lavori conclusi prima della celebrazione dell'udienza di merito.

Pertanto, pur in assenza di ragioni di urgenza la stazione appaltante ha agito non osservando alcuna cautela, ossia al di fuori di quella "normale prudenza" imposta dall'art. 96 c.p.c., che integra un profilo colposo sia pure nella fattispecie non necessario anche in conformità con l'impostazione comunitaria in materia.

Ancora non è corretto sostenere che la condotta contestata inerente alla stipulazione del contratto sarebbe coperta dalla sentenza di prime cure, dal momento che il giudicato di riforma di quella sentenza travolge ex art. 334, comma 2, c.p.s. sia il provvedimento di aggiudicazione che il contratto.

Una volta accertata l'esistenza dell'an debeatur la Plenaria passa a trattare la non meno complessa questione della quantificazione del danno nel caso di mancata aggiudicazione, che il giudicato accerti sarebbe spettata all'impresa danneggiata. Al riguardo, i giudici di Palazzo Spada premettono i punti fermi raggiunti dalla giurisprudenza, ossia: a) la necessità che il danneggiato offra la prova dell'an e del quantum debeatur; b) l'individuazione delle poste di

danno del lucro cessante nell'interesse positivo rappresentato dal mancato utile e dal danno curricolare; c) l'onere gravante sul danneggiato di offrire la prova dell'utile che avrebbe conseguito in omaggio al principio dispositivo pieno; d) la possibilità di utilizzazione della valutazione equitativa solo in caso di impossibilità o di estrema difficoltà di una precisa prova sull'ammontare del danno; e) l'impossibilità di utilizzare la c.t.u., anche quella percipiente, quale scorciatoia probatoria; f) la possibilità di fare ricorso alle presunzioni che consentano di risalire univocamente da un fatto noto ad un fatto ignoto secondo un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit; g) l'impossibilità di invocare l'applicazione automatica della percentuale del 10% dell'importo a base d'asta; h) la necessità di offrire la prova anche del danno curricolare; i) la spettanza integrale del mancato utile solo nel caso di prova dell'impossibilità di utilizzo altrove delle risorse dell'impresa secondo l'ordinaria diligenza, dovendo in difetto farsi luogo ad una decurtazione dell'ammontare del risarcimento secondo il criterio dell'aliunde perceptum vel percipiendi; i) la somma liquidata a titolo di danno deve essere maggiorata dalla rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat) dalla data di pubblicazione della sentenza del cui giudicato si invoca l'ottemperanza, nonché dalla corresponsione degli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo il tasso legale) calcolati sulla somma periodicamente rivalutata e degli interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza di ottemperanza sino al soddisfo.

#### **14. I principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria sono suscettibili di passare in giudicato?**

L'art. 99 c.p.a. al comma 1 prevede che la sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al proprio esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio possono rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria. La norma deve essere interpretata nel senso che la facoltà di rimessione all'Adunanza Plenaria spetta ad una Sezione del Consiglio di Stato ovvero al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Inoltre, la rimessione può avvenire non solo in caso di appello avverso ad una pronuncia del TAR, ma anche nel caso in cui il Consiglio venga adito in sede di ottemperanza, revocazione, opposizione di terzo, regolamento di competenza ovvero in caso di appello cautelare. Lo strumento individuato dal comma 1 ha come fine quello di risolvere un contrasto giurisprudenziale. Al riguardo, si ritiene che una simile situazione possa verificarsi anche nel caso di orientamenti contrastanti generati sia dalle sezioni giurisdizionali che dalle sezioni consultive. Ciò in ragione della mutata natura giuridica riconosciuta in capo alla decisione su ricorso straordinario all'indomani della novella contenuta nella l. 69/2009.

Ulteriore ipotesi di rimessione alla Plenaria è disciplinata dal comma 2 dell'art. 99, c.p.a., secondo il quale Prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.

Sia l'ipotesi disciplinata dal comma 1 che quella disciplinata dal comma 2 fanno riferimento a ipotesi di differimento facoltativo e hanno presupposti solo in parte coincidenti. In particolare, la previsione di cui al comma 2 ricalca quella già contenuta nell'art. 374 c.p.c., che prevede il Primo Presidente della Cassazione possa disporre che la Corte pronunci a Sezioni Unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza.

Una terza e ultima ipotesi di rimessione all'Adunanza Plenaria è disciplinata dal comma 3 dell'art. 99 c.p.a. In questo caso la remissione è obbligatoria, rappresentando l'unico strumento attraverso il quale la Sezione che non condivide il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria può indurne un ripensamento. In questo modo si introduce in un ordinamento di civil law un istituto tipico degli ordinamenti di common law ossia quello del precedente vincolante con alcune differenze di rilievo. Innanzitutto, il vincolo opera solo in senso orizzontale, ossia ha efficacia diretta solo sulle Sezioni del Consiglio e non sui giudici di primo grado; inoltre, il vincolo è solo parziale nel senso che vi è la possibilità di superare il principio di diritto affermato dalla Plenaria investendola nuovamente con analogo quesito. Infine, la mancata osservanza della regola stabilita dalla Plenaria è priva di sanzione

processuale. Ciò ha spinto a chiedersi se la pronuncia della Sezione che se ne discosti sia esposta a giudizio di revocazione e, in particolare, se ciò accada in capo alla pronuncia che definisce il giudizio all'interno del quale si è svolto l'incidente processuale che ha dato luogo alla pronuncia della Plenaria. Accade, infatti, che se l'Adunanza Plenaria non ritenga di decidere definitivamente il giudizio, si limiti ad enunciare il principio di diritto e rimetta gli atti alla Sezione a qua per la definizione della lite sulla base della *regula juris* enunciata. Da qui il sorgere della questione relativa alla natura del principio di diritto enunciato dalla Plenaria, se di carattere astratto o di carattere concreto e della correlata questione della natura di giudicato dei detti principi. I quesiti sono risolti con un ricco argomentare dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 2/2018, che afferma il carattere generale del principio di diritto, ne esclude la forza di giudicato e, pertanto, ritiene che la concreta applicazione della stessa debba avvenire da parte della Sezione remittente, con la conseguenza che non è predicabile un vizio revocatorio per contrasto tra giudicati nel caso in cui la parte lamenti che quest'ultima abbia violato il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria.