

CAPITOLO III

I PRESUPPOSTI DEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA E LE PRONUNCE AZIONABILI

SOMMARIO: 1. I presupposti del giudizio di ottemperanza - 2. Le pronunce azionabili in ottemperanza - 2.1. Le sentenze auto esecutive e di rigetto - 2.2. Le sentenze in rito - 2.3. Le varie tipologie di pronunce di merito costituenti titolo per l'azione di ottemperanza - 2.4. Le sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato - 2.4.1. Effetti processuali sul giudizio di ottemperanza del gravame sulla sentenza amministrativa esecutiva - 2.4.2. La pubblicazione anticipata del dispositivo - 2.5. Le sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato - 2.6. Le sentenze del giudice ordinario - 2.7. Gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo - 2.8. Ricorso straordinario al Capo dello Stato dello Stato - 2.8.1. La problematica dei decreti decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato precedenti alle modifiche dell'art. 69, L. n. 69/2009 - 2.8.2. La competenza per l'ottemperanza sul decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato dello Stato - 2.9. I provvedimenti equiparati alle sentenze del giudice ordinario - 2.9.1. I decreti ingiuntivi - 2.9.2. Le ordinanze di assegnazione di somme - 2.9.3. Decreto decisorio *ex art. 3, L. n. 89/2001* (la "Legge Pinto") - 2.9.4. Provvedimenti cautelari del giudice ordinario, denuncia di nuova opera, di danno temuto e azioni possessorie - 2.9.5. I verbali di conciliazione e altri provvedimenti - 2.10. L'ottemperanza delle decisioni dei giudici speciali - 2.10.1. La non "ottemperabilità" delle decisioni sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - 2.11. I lodi arbitrali

1. I presupposti del giudizio di ottemperanza

I presupposti dell'azione per l'ottemperanza sono, in estrema sintesi:

- a) una **decisione da eseguire** (il cosiddetto giudicato);
- b) l'**inottemperanza** dell'amministrazione all'obbligo di conformarsi alla suddetta decisione.

Il primo presupposto si riscontra in presenza di una decisione di natura giurisdizionale che necessiti di una successiva attività dell'amministrazione e rispetto alla quale il codice del processo amministrativo riconosce l'azionabilità di tale rimedio.

Il secondo presupposto consiste nel comportamento totalmente o parzialmente inerte, oppure violativo o elusivo della decisione azionata.

Prendiamo qui in esame il primo dei due presupposti, quello relativo alla natura e caratteristiche che la pronuncia di natura giurisdizionale deve avere affinché gli sia riconosciuta la possibilità di costituire titolo idoneo per l'azione di ottemperanza.

Le pronunce azionabili in sede di ottemperanza possono rivestire l'intera gamma di contenuto delle pronunce giurisdizionali, ovverosia possono essere decisioni di annullamento di un provvedimento amministrativo, di condanna o anche di accertamento. Possono, inoltre, provenire dal giudice amministrativo, dal giudice ordinario e da altri giudici speciali ma non necessariamente da organi formalmente giudiziari, come nel caso dei lodi arbitrali (vedi cap. I, par. 3).

Tutte devono avere il requisito della necessità di successivi atti esecutivi. Alcune di esse, inoltre, devono avere la caratteristica della definitività, ovvero-

sia devono possedere il requisito dell'intervenuto **passaggio in giudicato** (cosa giudicata in senso formale ex art. 324 c.p.a.) (vedi par. 2.5 di questo capitolo).

2. Le pronunce azionabili in ottemperanza

2.1. Le sentenze autoesecutive e di rigetto

Affinché sia esperibile il giudizio di ottemperanza deve trattarsi in primo luogo di una sentenza che necessita per la sua esecuzione di una successiva attività, provvedimento o anche solo materiale, da parte dell'amministrazione.

Si deve quindi trattare di una decisione che non rientri nella categoria delle cosiddette **sentenze autoesecutive**, ovvero sia in quella categoria di sentenze che non necessitano di alcun atto successivo per la soddisfazione della parte vincitrice, in quanto l'interesse sostanziale di quest'ultimo è pienamente soddisfatto già con la loro emanazione, stante il loro effetto demolitorio.

Tali tipi di sentenze si identificano nelle decisioni di annullamento di un provvedimento amministrativo, incidente su un interesse legittimo oppositivo, che rimuovendo il provvedimento lesivo con effetto sin dal momento della sua adozione, non necessitano di essere seguite da ulteriori atti, comportamenti o attività dell'ente soccombente per ripristinare l'utilità della parte vincitrice¹.

Non tutte le sentenze di annullamento, tuttavia, sono autoesecutive, in quanto per rientrare in tale categoria la decisione deve avere una natura tale da realizzare l'effetto giuridico ripristinatorio satisfattivo per l'interessato esclusivamente mediante l'adozione da parte del giudice della statuizione di annullamento, senza che dal giudicato derivi per l'amministrazione alcun obbligo di compiere ulteriori attività materiali o giuridiche².

¹ Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 130. Ha osservato in proposito Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3444, che la «funzione tipica ed essenziale del giudizio di ottemperanza è quella di adeguare la realtà giuridica e materiale al giudicato. Per suo mezzo il Giudice accerta la violazione da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi alla pronuncia giurisdizionale e dispone le misure necessarie a realizzare gli stessi effetti che deriverebbero dall'adempimento di quell'obbligo. Quando è la medesima sentenza a realizzare come effetto suo proprio l'adeguamento della realtà sopra menzionato, cosicché non v'è necessità di alcuna ulteriore attività amministrativa per rendere attuale il deciso, non può darsi ingresso ad un giudizio che l'ordinamento appresta a quel fine esclusivo. Ne mancherebbe, invero, il presupposto essenziale costituito dalla difformità tra realtà e giudicato».

² Così Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2011, n. 6875; Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2010, n. 5549; nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4685, secondo cui una pronuncia giurisdizionale può dirsi autoesecutiva solo laddove il suo contenuto dispositivo sia *ex se* idoneo a determinare l'integrale soddisfacimento della pretesa sostanziale vantata in giudizio, ovvero ad assicurare alla parte ricorrente – a un tempo – l'utilità immediata di carattere processuale e l'utilità mediata di carattere sostanziale cui era volta l'attivazione del rimedio giurisdizionale.

Non rientrano, infatti, nella categoria delle sentenze autoesecutive quelle pronunce, rese nel giudizio di cognizione, che non sono in grado di per sé di adeguare la realtà giuridica e materiale al giudicato³, richiedendo un'ulteriore attività dell'amministrazione, come ad esempio nel caso vi sia un interesse pre-tensivo sottostante la cui soddisfazione necessiti di un nuovo esercizio del potere amministrativo; oppure nell'ipotesi in cui, anche a fronte di un interesse oppositivo, a seguito del provvedimento annullato si siano prodotte delle modificazioni alla realtà materiale che l'amministrazione deve rimuovere.

In sostanza, le sentenze autoesecutive producono per l'amministrazione solo un effetto "preclusivo", nel senso di precludere l'adozione di un nuovo provvedimento sulla base dei medesimi presupposti e con il medesimo contenuto di quello annullato che, nel caso, risulterà nullo per violazione di giudicato.

Esempi di sentenze autoesecutive per le quali non è ammissibile (anche perché di nessuna utilità) il giudizio di ottemperanza sono:

- le pronunce di annullamento di un atto negativo di controllo, le quali producono il soddisfacimento dell'interesse del ricorrente con la sola eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento impugnato⁴;

- le sentenze caducatorie di un atto di annullamento in autotutela di un provvedimento favorevole al privato, che operano l'automatica reviviscenza dell'atto illegittimamente rimosso dall'amministrazione⁵;

- le sentenze che annullino un provvedimento di decadenza da autorizzazioni o titoli concessori, quali un permesso di costruire⁶, una concessione demaniale⁷ o un'autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale.

- le decisioni di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità o di altri di natura ablatoria (quali il decreto di occupazione temporanea o quello di esproprio) che ancora non sono state portate ad esecuzione e non hanno quindi prodotto modificazioni dei beni oggetto di ablazione;

- le pronunce di annullamento di una variante urbanistica che determinano la riviviscenza delle precedenti previsioni urbanistiche del PRG modificate con la variante annullata; la sentenza che annulli un provvedimento di decadenza di un permesso di costruire⁸.

In questi casi la soddisfazione della posizione giuridica della parte vincitrice trova piena soddisfazione con il solo effetto demolitorio con effetti *ex tunc* della sentenza di annullamento e un ricorso per l'ottemperanza presentato sulla base di tali pronuncia risulterebbe inammissibile.

³ Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2013, n. 2260.

⁴ Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2012, n. 2443; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 8.

⁵ Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 130; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio, 1998, n. 190.

⁶ Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2008, n. 4723; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 18 febbraio 2009, n. 360.

⁷ Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2012, n. 5142.

⁸ Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2008, n. 4723.

Tra le sentenze autoesecutive che non possono essere oggetto di ottemperanza rientrano, in via teorica, anche quelle rese in materie dove il giudice è investito di una giurisdizione di merito e adotti direttamente il provvedimento che soddisfa pienamente l'interesse del privato in sostituzione dell'amministrazione senza che, quindi, sia più necessaria alcuna ulteriore attività esecutiva.

Non possono, inoltre, logicamente essere oggetto di esecuzione le **sentenze di rigetto**⁹, se non per la parte relativa alle spese di giudizio in favore della parte resistente che se le è viste aggiudicare.

Allo stesso modo è inammissibile il ricorso in ottemperanza, per difetto assoluto dei presupposti processuali e di merito, qualora l'amministrazione intimata, conformandosi al giudicato del quale si chiede l'ottemperanza, abbia dato puntuale esecuzione alla sentenza azionata¹⁰.

2.2. Le sentenze in rito

L'azione di ottemperanza è, inoltre, in linea di massima preclusa per le **pronunce di rito**¹¹, ovverosia per quelle statuizioni di carattere processuale, attinenti cioè alla costituzione del giudice o alla determinazione dei suoi poteri, ovvero allo svolgimento del processo, che producono effetti limitati al rapporto processuale¹².

Le sentenze cosiddette di rito, infatti, esauriscono la loro efficacia nell'accertamento dell'assenza dei presupposti processuali ovvero delle condizioni dell'azione necessarie per poter definire nel merito la controversia, e sono inidonee a dar vita al cosiddetto giudicato sostanziale e a tradursi in un accertamento atto a far stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa, secondo quanto previsto dall'art. 2909 c.c.

Tali decisioni sono, infatti, normalmente prive di qualsiasi attitudine a proiettare i loro effetti conformativi oltre i confini del processo, mediante la formazione di regole giuridiche idonee a dirimere in via definitiva conflitti intersoggettivi tra le parti del giudizio; creano invece solo una preclusione di rito, valida per quel giudizio, che non riguarda un eventuale successivo processo, se per questo vi siano le condizioni processuali e di tempo necessarie ad avviarlo, assumendo solo valore cosiddetto endoprocessuale¹³.

Al principio generale dell'inazionabilità con il giudizio di ottemperanza delle sentenze di rito fanno eccezione, tuttavia, quelle sentenze solo apparentemente processuali, ovverosia quelle decisioni che, pur statuendo sul rapporto processuale, risolvono anche questioni di merito attinenti a situazioni giuridiche sog-

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2007, n. 4755.

¹⁰ Cons. Giust. Amm. Sic., 25 giugno 2013, n. 614.

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1744; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549; Cons. Stato, sez. IV, 19 settembre 2008, n. 4523.

¹² Cons. Stato, sez. III, 1 agosto 2014, n. 4067; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2844.

¹³ Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1095; Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 1994, n. 338; Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1993, n. 243.

gettive sostanziali, in modo da costituire principi vincolanti per la definizione dei rapporti tra privati e amministrazione.

Ciò si verifica quando l'accertamento sul fondamento della domanda sia necessario e pregiudiziale alla decisione in rito, in modo che la pronuncia, pur arrendendosi all'aspetto processuale ha contenuto sostanziale in relazione al quale si forma il giudicato¹⁴ e, in ogni caso, qualora la decisione processuale comporti l'accertamento di questioni sostanziali necessariamente pregiudiziali.

Quale esempio si può portare l'ipotesi di una sentenza di **improcedibilità** per sopravvenuta carenza di interesse a causa dell'intervenuta perdita di efficacia del provvedimento gravato (es. per revoca dell'atto impugnato o secondo un certo filone giurisprudenziale per la presentazione di una istanza di sanatoria edilizia dopo l'ordine di demolizione¹⁵); oppure il caso di una decisione di **inammissibilità** per il carattere non provvedimentale dell'atto gravato e la conseguente sua assenza di lesività (es. impugnativa di un atto meramente endoprocedimentale).

Allo stesso modo potranno costituire statuizioni incidenti sul merito, idonee al giudicato, le pronunce di **cessazione della materia del contendere**, caratterizzate dall'intervento di una circostanza che, a differenza di quelle per sopravvenuta carenza di interesse, soddisfi pienamente l'interesse sostanziale del ricorrente (es. annullamento in autotutela dell'atto gravato).

Queste ultime costituiranno statuizione di giudicato sostanziale qualora la declaratoria di cessazione della materia del contendere necessiti il previo accertamento della situazione sottostante che ha portato all'integrale soddisfazione del ricorrente¹⁶.

In queste ipotesi la sentenza sarà idonea a fare stato non solo relativamente

¹⁴ Cons. Stato, sez. III, 1 agosto 2014, n. 4067; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2844; Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1095.

¹⁵ *Ex multis*: T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 30 marzo 2015, n. 690; Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2013, n. 5704.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 1995, n. 661, secondo la quale la pronuncia circa la cessazione della materia del contendere ha come suo contenuto l'accertamento di una situazione sostanziale, dal quale discende la preclusione nei confronti dell'amministrazione a modificare comunque la situazione giuridica posta in essere con il provvedimento anteriormente emanato, dal quale sia conseguita l'integrale soddisfazione dell'interesse legittimo fatto valere dal ricorrente. Nell'ambito delle decisioni dichiarative della improcedibilità del ricorso, la pronuncia recante la dichiarazione della cessazione della materia del contendere non fa riferimento soltanto alle regole del processo senza alcuna relazione al contenuto della domanda, ma assume quale suo presupposto l'accertamento di una questione sostanziale necessariamente pregiudiziale, circa l'esistenza dell'interesse legittimo tutelato, del quale, nel corso del giudizio, è intervenuta l'integrale soddisfazione, mediante provvedimento o comportamento dell'amministrazione che elida la situazione di illegittima lesione. La decisione dichiarativa della cessazione della materia del contendere, in quanto decisione di merito, pertanto, è tale da produrre l'effetto del giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. anche in un diverso giudizio, tra le stesse parti, per quanto concerne l'accertamento sostanziale circa l'interesse dedotto dal ricorrente, con la conseguenza che, in tali limiti, ne è possibile l'esecuzione mediante il giudizio di ottemperanza.

all'improcedibilità o all'inammissibilità ma anche riguardo all'accertamento delle cause che hanno portato alla pronuncia in rito e, pertanto, può essere azionata in sede di giudizio di ottemperanza nei confronti dell'amministrazione che neghi l'effetto di giudicato contenuto in sentenza.

Un approfondimento su come opera, per una sentenza in rito, la formazione del giudicato sostanziale sui presupposti, può essere fornito, in tema di cessazione della materia del contendere, dalla sentenza Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2009, n. 7800, in una fattispecie in cui l'amministrazione (una ASL) aveva adottato, sia pur tardivamente, un provvedimento conforme al giudicato e, per il futuro, pienamente soddisfattivo dell'interesse del ricorrente in ottemperanza (la chiusura di un esercizio farmaceutico).

Secondo quest'ultima sentenza, infatti, *«la cessata materia del contendere, pur non essendo analiticamente descritta e disciplinata dalla legge processuale, può essere definita come un'ipotesi qualificata di sopravvenuta carenza di interesse. L'elemento che la contraddistingue è costituito dalla causa che determina l'effetto estintivo del giudizio: l'amministrazione, con le proprie determinazioni, ha dato piena soddisfazione alla pretesa sostanziale azionata dall'interessato in giudizio (Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2007 n. 4449) ... la decisione che dichiara la cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo è caratterizzata dal contenuto di accertamento nel merito della pretesa avanzata e della sua piena soddisfazione da parte di determinazioni successive della pubblica amministrazione; siffatta decisione non ha pertanto valenza meramente processuale, ma contiene l'accertamento relativo al rapporto amministrativo controverso e alla pretesa sostanziale vantata dall'interessato. In questa prospettiva, la giurisprudenza richiede la concorde dichiarazione del ricorrente e dell'Amministrazione resistente in ordine alla satisfattività dei provvedimenti successivi adottati nelle more del giudizio, fermo restando il potere-dovere del giudice di qualificare correttamente gli effetti derivanti dall'adozione di siffatti provvedimenti successivi (Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2008, n. 2618)».*

Un caso esemplificativo di sentenza in rito di inammissibilità con effetti di **giudicato sostanziale "favorevoli" al ricorrente** è indicato dalla sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 1995, n. 40, che ha pronunciato l'**inammissibilità del ricorso per carenza di interesse** avverso il provvedimento di esclusione dal corso-concorso per la nomina a primo dirigente, in quanto lo stesso ricorrente aveva già conseguito la nomina a pari qualifica quale vincitore di concorso per titoli.

La decisione in esame afferma che il contenuto del giudicato, la cosiddetta *res iudicata*, deve essere delimitato non tanto dall'enunciazione del dispositivo della sentenza del giudice amministrativo, quanto piuttosto dalla sua parte motiva, con riguardo sia alla motivazione su questioni e domande sulle quali il giudice espressamente si è pronunciato, sia alle enunciazioni indissolubilmente di-

pendenti dalla definizione delle questioni e domande anzidette (giudicato implicito), in ordine all'uso corretto o meno del potere esercitato con il provvedimento impugnato.

La sentenza del giudice amministrativo che non si pronunci sull'annullamento dell'atto o sull'illegittimità del comportamento, ritenendo l'uno o l'altro inidonei a ledere la posizione giuridica sostanziale del ricorrente – e conseguentemente dichiarare inammissibile il ricorso – costituisce decisione che, anche se apparentemente favorevole all'amministrazione, in realtà, una volta passata in giudicato, l'impegna a non poter più trarre da quell'atto o da quel comportamento le conseguenze lesive che il giudice ha ritenuto inidonee a discendere dagli stessi.

Per tale ragione è pacificamente ammesso l'appello da parte dell'amministrazione e dei controinteressati di quelle decisioni che, pur dichiarando l'inammissibilità del ricorso, contengono statuizioni sostanziali favorevoli al ricorrente, quali, ad esempio, l'accertamento dell'inefficacia dell'atto gravato. Ciò costituisce, peraltro, un'implicita conferma dell'effetto sostanziale di giudicato di questo tipo di sentenze di rito¹⁷.

2.3. Le varie tipologie di pronunce di merito costituenti titolo per l'azione di ottemperanza

L'art. 112, co. 2, c.p.a., prevede che l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:

- «a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato;
- b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;
- c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato;
- d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione;
- e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato».

Il codice del processo amministrativo, pertanto, indica specificamente le pronunce per le quali è esperibile il rimedio dell'ottemperanza e i requisiti necessari per ciascuna di queste varie categorie.

¹⁷ Sul punto R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto Editore, Roma, VIII ed., 2015, p. 2054.

