

(*Rivista trimestrale di diritto pubblico* n. 3/2008, pp. 647-694)

Angelo MARI

**Il giudice amministratore:
ordine di ottemperare e qualificazione giuridica delle attività conseguenti**

Sommario: 1. L'evoluzione del quadro normativo tra unitarietà e frammentazione. 2. Il giudizio di ottemperanza come elemento dinamico dell'amministrazione di risultato. 3. I compiti "elastici" dei giudici dell'ottemperanza. 4. L'ordine di ottemperare. 4.1. Soggetti destinatari e trasformazioni dell'organizzazione amministrativa. 4.2. Il tempo di esecuzione accordato all'amministrazione. 4.3. Gli effetti sulle attività. 4.4. Le decisioni conseguenti tra indirizzo e gestione. 4.5. Le direttive e la sorveglianza degli organi di vertice. 4.6. Le attività di attuazione. 4.7. L'inottemperanza giustificata e il risarcimento del danno. 4.8. Le modalità di scelta del commissario *ad acta*. 5. La funzione direttiva delle ottemperanze anomale. 6. Le responsabilità. 7. Verso un nuovo "giudice amministratore"?

1. L'evoluzione del quadro normativo tra unitarietà e frammentazione.

“Importantissimi però, così dal lato teorico come dal lato pratico, restano i casi in cui il giudice, nella sua qualità di amministratore, provvede all'esecuzione della sentenza con provvedimenti amministrativi che l'esecuzione medesima in senso stretto sostituiscono o rendono possibile o soltanto agevolano...”. Con queste parole Santi Romano concludeva la monografia sulle giurisdizioni speciali amministrative, apparsa nel terzo volume del *Trattato Orlando*¹, evidenziando una tendenza importante, già discussa nell'ordinamento francese in ossequio ad un'antica opinione, secondo cui “*juger l'administration c'est aussi administrer*”².

E' noto che tale posizione era destinata nel tempo ad essere superata dall'affermarsi di una visione del giudizio amministrativo non più come processo a “contraddittorio attenuato”³, ma quale processo di parti in senso sostanziale. Quest'ultima impostazione alla

¹ S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E.Orlando, Milano, 1899, ora ripubblicato in S. Romano, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Giuffrè, Milano, 2003.

² Tale affermazione è riportata in P. Sandevour, *Etude sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964.

³ Questo aspetto è ritenuto superato anche dalla giurisprudenza costituzionale. Cfr. Corte cost., sentenza 30 novembre 2005, n. 441, in www.cortecostituzionale.it

fine ha preso il sopravvento e si è consolidata nella legislazione, nella giurisprudenza e – più in generale - nella nostra cultura giuridica⁴.

La graduale costruzione del giudizio amministrativo sul modello civilistico è giunta ormai ad uno stadio avanzato. Tuttavia esistono ancora oggi punti di distinzione, tra cui emerge il tema dell'esecuzione delle decisioni e, quindi, della effettività delle tutele.

In effetti, con le recenti riforme del processo amministrativo⁵ e della disciplina dei procedimenti e degli atti amministrativi⁶, il giudizio di ottemperanza⁷ è tornato alla ribalta, soprattutto nei confronti del giudicato amministrativo, che sembra assumere nuovi e ulteriori significati rispetto al passato⁸. Va ricordato, innanzitutto, l'ampliamento dei casi in cui tale giudizio può essere esperito: accanto al tradizionale presupposto della sentenza passata in giudicato, sono state aggiunte sia l'esecuzione delle sentenze di primo grado non sospese⁹ sia l'esecuzione delle ordinanze cautelari¹⁰. Sono stati poi introdotti casi di ottemperanza anomala in relazione al silenzio rifiuto (o silenzio inadempimento) oppure in caso di mancato accordo tra le parti a seguito di sentenza che dispone la reintegrazione in forma specifica o il risarcimento del danno ingiusto, nell'ambito della giurisdizione esclusiva. Queste innovazioni vanno ad aggiungersi al (tradizionale) giudizio di ottemperanza previsto per le sentenze del giudice ordinario¹¹ e ai giudizi di ottemperanza

⁴ Va ricordato che il dibattito degli albori era orientato nel ritenere che al Consiglio di Stato fosse data potestà di decidere, non di giudicare; questa soluzione appariva più conforme all'indole della istituzione giurisdizionale e in grado di conciliarla con l'ufficio di amministratore, che il magistrato supremo amministrativo non avrebbe dovuto dimenticare anche nell'esercizio delle attribuzioni contenziose. Così, M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. d. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 243.

⁵ D.lgs 31 marzo 1998, n. 80, poi l. 21 luglio 2000, n. 205 "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"

⁶ L. 11 febbraio 2005, n. 15, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni in l. 14 maggio 2005, n. 80 di modifica della l. 7 agosto 1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"

⁷ Per le pronunce più importanti sui vari profili dell'ottemperanza, G. Pasquini e A. Sandulli (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁸ Per l'evoluzione della disciplina normativa con riferimento alle riforme più recenti e l'analisi dei profili problematici, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; S. Tarullo, *Esecuzione ed ottemperanza*, in F.G. Scoca, a cura di, *Giustizia amministrativa*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, 465 ss.; id. *Il giudizio di ottemperanza: profili ricostruttivi alla luce della legge n. 15 del 2005*, in www.giustamm.it, 2006. Va ricordato che ad una prima lettura dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 introdotto con la novella del 2005, secondo cui è nullo il provvedimento amministrativo "che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato" e con l'attribuzione delle controversie sulla nullità alla giurisdizione esclusiva, il giudizio di ottemperanza essere stato cancellato, per lo meno nella forma di giurisdizione estesa anche al merito, così F. Satta, *La riforma della legge 241/1990: dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it, 2005.

⁹ Art. 10, l. n. 205/2000, di modifica dell'art. 33 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

¹⁰ Art. 3, l. n. 205/2000, di modifica dell'art. 21 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

¹¹ Nato, si ricorda, nel 1889 in occasione della introduzione della giurisdizione amministrativa con istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

previsti in alcuni settori speciali quali: il contenzioso tributario¹², il contenzioso amministrativo contabile¹³, la tutela della proprietà industriale¹⁴.

In prosieguo si farà riferimento – quale caso paradigmatico utile ai nostri fini – soprattutto alla giurisdizione amministrativa¹⁵; qui il giudizio cognitorio – la cui decisione costituisce il presupposto del ricorso per l’ottemperanza – è oggi articolato secondo tre tipi base di processo: a) quello ordinario; b) quello relativo alle cosiddette materie sensibili (art. 23-bis l. n. 1034/1971 introdotto dall’art. 4, l. n. 205/2000 – incarichi di progettazione, procedure di aggiudicazione, espropriazioni, provvedimenti delle autorità indipendenti, ecc.); c) quello del silenzio inadempimento di cui si è già detto¹⁶.

Tale quadro normativo sommariamente ricostruito, da una parte mette in dubbio la costruzione del giudizio di ottemperanza solo come processo di esecuzione¹⁷ e, dall’altro, denota il costante tentativo di rendere più efficiente ed efficace il nostro sistema di giustizia amministrativa all’insegna della garanzia formale e sostanziale degli strumenti di tutela dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni¹⁸.

Non va trascurato che tali innovazioni processuali e procedurali si inseriscono in un panorama in movimento, dove i soggetti pubblici vedono la continua trasformazione di tutti

¹² Art. 70, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 *Disposizioni sul processo tributario*. La parte che vi ha interesse può chiedere l’ottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza della commissione tributaria passata in giudicato mediante ricorso da depositare alla segreteria della commissione tributaria provinciale, qualora la sentenza passata in giudicato sia stata da essa pronunciata, e in ogni altro caso alla segreteria della commissione tributaria regionale.

¹³ Ora, art. 10 legge n. 205/2000.

¹⁴ Art. 136, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 e s.m.i., *Codice della proprietà industriale*. Nel caso in cui l’amministrazione non abbia prestato ottemperanza alle misure cautelari concesse, o vi abbia adempiuto solo parzialmente, la parte interessata può, con istanza motivata e notificata alle altre parti, chiedere alla Commissione dei ricorsi le opportune disposizioni attuative. La Commissione sui ricorsi esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all’art. 27, primo comma, n. 4), del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, e dispone l’esecuzione dell’ordinanza cautelare indicandone le modalità e, ove occorra, il soggetto che deve provvedere.

¹⁵ In effetti, il sistema ormai esclude la possibilità di adottare rigide distinzioni fondate sul carattere civile o amministrativo della sentenza da eseguire. Così, A. Travi, *L’esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, parte speciale, tomo quinto, Giuffrè, Milano, 4636.

¹⁶ S. Raimondi, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2007, 613.

¹⁷ Su tali temi, A.M. Sandulli, *Il problema dell’esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. soc.*, 1982, 19 ss.; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 2 ss.; L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit. 57 ss. La giurisprudenza ha tuttavia sottolineato che “il giudizio di ottemperanza non deve necessariamente (sotto il profilo costituzionale) modellarsi, anche nei presupposti, al processo esecutivo ordinario, attese le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo (esteso al merito) con potenzialità sostitutive e intromissive nell’azione amministrativa, non comparabili con i poteri del giudice dell’esecuzione nel processo civile”. Cfr Corte cost., sentenza 10 dicembre 1998, n. 406, in www.cortecostituzionale.it

¹⁸ Il problema dell’effettività è da tempo all’attenzione della scienza giuridica. In proposito, S. Cassese, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2, 1984, 422 ss. F. Merusi, G. Sanviti, *L’“ingiustizia” amministrativa in Italia*, Bologna, 1986. Più di recente, S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

gli elementi del sistema: dalle funzioni all'organizzazione, dal personale alle procedure amministrative e finanziarie; dalla posizione della dirigenza all'assetto dei controlli.

Così, le attività conseguenti all'ordine di ottemperare pronunciato dal giudice in sede di ottemperanza della decisione non eseguita o elusa vanno oggi considerate non solo alla luce della normativa specifica, ma anche con riferimento alle parallele riforme del disegno organizzativo¹⁹.

E' dunque evidente che l'esecuzione delle decisioni "in via amministrativa"²⁰ segue anch'essa regole nuove che a volte dipendono dagli assetti organizzativi dei singoli comparti amministrativi - o meglio dalla natura giuridica dei soggetti chiamati ad ottemperare - in altre occasioni dalle specifiche statuizioni assunte in autonomia dai singoli enti. E' come affermare che l'impatto sulle amministrazioni delle sentenze di ottemperanza può variare al variare dei soggetti destinatari dell'ordine di ottemperare e quindi non essere lo stesso in relazione all'oggetto del processo. In effetti, il giudice considera l'amministrazione secondo il criterio della "soggettività compiuta"²¹, non entra dunque nel merito delle regole interne che influiscono sulle attività.

Ci si può chiedere allora quali siano gli effetti dell'ordine di ottemperare rispetto alle attività amministrative che devono essere poste in essere in relazione all'adempimento o esecuzione del comando espresso dal giudice. In particolare, appare interessante approfondire la qualificazione giuridica delle attività conseguenti all'ordine di ottemperare, con l'obiettivo di stabilire se queste vadano inquadrare ancora nell'ambito o in prosecuzione dell'attività giurisdizionale oppure vadano a collocarsi nella dimensione amministrativa o ancora se – secondo i casi – possano afferire all'uno o all'altro comparto. Aderire ad una prospettiva piuttosto che all'altra significa configurare il regime giuridico di tali attività in modo diverso ed inferirne – di conseguenza – le differenti implicazioni sul piano della natura giuridica degli atti, delle tutele e delle responsabilità.

Per rispondere a tali interrogativi è utile prendere in considerazione alcuni elementi cardine e indicativi dell'agire amministrativo in vista o in conseguenza del giudizio di

¹⁹ Va ricordato che recentemente la Corte costituzionale ha ritenuto illegittime le disposizioni emanate per "salvare" l'esposizione debitoria venutasi a creare a seguito di processi esecutivi del Policlinico Umberto I di Roma, partendo dal presupposto che la legge non può incidere retroattivamente su rapporti (anche di tipo amministrativo) già definiti. Corte cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 364, in www.cortecostituzionale.it. Dello stesso tenore la sentenza relativa alla vendita di immobili Inps, per i quali con una "legge provvedimento" si è cercato di eludere il giudicato favorevole ai ricorrenti con soccombenza dell'Istituto, Cfr. Corte cost. 4 luglio 2007, n. 267, in www.cortecostituzionale.it

²⁰ E' l'espressione di cui all'art. 88 r.d. 17 agosto 1907, n. 642, *Regolamento per la procedura dinanzi al consiglio di Stato in sede giurisdizionale*. L'art. 65 dello stesso regolamento prevede tra i contenuti delle pronunce del Consiglio di Stato "l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa".

²¹ F.G. Scoca, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli et al., Monduzzi, Bologna, 1993 (IV ed. 2005)

ottemperanza, facendo costante riferimento ai dati fattuali, dal momento che, secondo l'insegnamento di Massimo Severo Giannini, "se vi è una materia in cui l'eterogeneità dei problemi impone di esemplare costantemente la realtà, questa è quella della giustizia amministrativa"²².

2. Il giudizio di ottemperanza come elemento dinamico dell'amministrazione di risultato.

Il giudizio di ottemperanza ha costituito la creazione di maggior spicco che si è avuta nell'esperienza italiana di giustizia amministrativa²³ ed ha rappresentato, fin dalle origini, un elemento dinamico dell'agire amministrativo, soprattutto verso un'amministrazione spesso recalcitrante²⁴. Si consideri, infatti, che, in tanto tale giudizio ha senso e si giustifica in quanto abbia l'obiettivo di far sì che l'amministrazione eserciti il proprio e riservato potere pubblico "esecutivo" – incomprimibile, non delegabile, né espropriabile dagli altri poteri²⁵ – in favore del ricorrente al quale va garantita l'effettività delle tutele, in funzione del raggiungimento del risultato²⁶.

Questo assunto ha un primo fondamento proprio nella Carta costituzionale, soprattutto con il collegamento sostanziale tra le disposizioni contenute nell'art. 97 e negli articoli 24 e 113²⁷. Pertanto, trovare punti di equilibrio tra attività amministrative – volte a raggiungere obiettivi specifici - e tutele degli interessi pubblici o privati sottostanti è uno

²² M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. di dir. proc.*, 1963, n. 4, 530. Sull'uso del metodo problematico per lo studio del diritto pubblico, S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2006, 597 ss.

²³ M.E. Schinaia, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003, 6. G. Parola, *Il giudizio di ottemperanza dopo 80 anni ancora paladino dei diritti del cittadino*, in *Giur. it.*, 2007, 12 ss.

²⁴ Per una efficace ricostruzione dei temi legati all'ottemperanza, M. Clarich, *L'esecuzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2007, 311 ss.

²⁵ E' noto che il giudizio di ottemperanza nasce come istituto storicamente condizionato da due regole o principi: a) il principio della divisione dei poteri; b) il principio di autoritarità dell'azione della pubblica amministrazione, di cui è espressione la proposizione normativa "provvedimenti del potere esecutivo" di cui all'art. 2, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. Si vedano sul tema, O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958. Ricostruisce l'evoluzione storica, L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, 259; sulla giustificazione della regolamentazione positiva del giudizio di ottemperanza, M.S. Giannini, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, 141.

²⁶ In tal senso, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2008, 528 ss., con nota di A. Cassatella, *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza*.

²⁷ Le norme sul buon andamento e sull'imparzialità dell'amministrazione, nonché quella sulla predeterminazione delle sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari sono bilanciate dalle norme secondo cui: tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi; contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa, nonché dal disposto che demanda alla legge di determinare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione, in quali casi e con quali effetti.

dei compiti più importanti dell'intero sistema di giustizia amministrativa²⁸ e ciò trova espressione soprattutto nel ricorso in ottemperanza, esaurito il quale all'amministrazione competono obblighi puntuali di fare o di astenersi e, in definitiva, di cooperare con il titolare dell'azione di giudicato, in vista, non solo della definitiva e completa esecuzione a quest'ultimo, ma anche, e soprattutto, della realizzazione dell'interesse pubblico e amministrativo sul quale la pronuncia del giudice è intervenuta²⁹.

Il regime giuridico delle attività poste in essere dalle amministrazioni pubbliche – che comportano sia l'esercizio della discrezionalità amministrativa sia lo svolgimento di attività paritetiche – va considerato insieme con le situazioni giuridiche soggettive dei destinatari dell'azione. Questo moto di bilanciamento dell'interesse pubblico con gli interessi privati trova alla fine il migliore assetto possibile nella definizione delle regole sostanziali del rapporto instaurato tra amministrazione e cittadini.

E' proprio nel quadro appena descritto che si inserisce il sistema delle tutele, articolate – si è visto – in diverse forme a seconda delle situazioni dedotte in giudizio o delle materie di riferimento. In particolare, quando si ricorre al giudice amministrativo, questi è chiamato a verificare l'intero procedimento e non solo il provvedimento finale o gli effetti finali dell'azione. In tal modo è lo svolgimento della funzione amministrativa³⁰, così come esercitata nel rapporto amministrativo concreto, che cade sotto l'acclaramento del giudice, in tutti gli atti in cui si manifesta e in tutte le valutazioni giuridiche che essa ha comportato³¹. Tale acclaramento resterebbe inefficace se ad esso non fosse collegato proprio il giudizio di ottemperanza³², inteso quale momento diretto a garantire l'effettiva realizzazione e soddisfazione dell'interesse sostanziale del cittadino-ricorrente tramite la verifica, sempre in sede contenziosa³³, della capacità dell'ordinamento complessivo della giustizia amministrativa di garantire l'adempimento da parte della pubblica amministrazione della sentenza o più in generale dello *iussus* del giudice³⁴.

²⁸ F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. d. dir.*, , vol. XIX, Milano, 1970.

²⁹ Cons. St., sez. V, 30 gennaio 2008, n. 281, in www.massimario.ipsoa.it

³⁰ F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950.

³¹ M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. di dir. proc.*, 1964, n. 1, 45.

³² E' stato osservato che la disciplina del giudizio di ottemperanza "rappresenta la norma di chiusura dell'ordinamento di giustizia amministrativa, definito dalle leggi sul Consiglio di Stato, la pietra angolare su cui si fonda un sistema", M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 265.

³³ Si tratta, è noto, di un'attività con cui il giudice disciplina il rapporto dedotto in giudizio formalmente e sostanzialmente giurisdizionale, M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 261; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.

³⁴ L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 258

Attraverso il giudizio di ottemperanza l'ordinamento si fa carico di rendere effettivo e giuridicamente disponibile il bene della vita del ricorrente che il giudice ha ritenuto meritevole di soddisfazione e che dipende dalle attività della pubblica amministrazione³⁵. Tale effettività si estende a tutti i momenti che caratterizzano il processo amministrativo (compresi il giudizio cautelare³⁶ e le sentenze di rito³⁷). E' dunque evidente che, se in sede di giudizio principale il ricorrente chiede al giudice di esprimersi sul rapporto amministrativo - sia esso oppositivo o pretensivo - nel giudizio di ottemperanza, il ricorrente chiede soltanto che venga data attuazione alla decisione del giudice, ancorché provvisoria; in sostanza, nel nostro sistema l'esercizio del potere è assistito dal sindacato concomitante del giudice amministrativo, un sindacato incombente, inerente e infine immanente col giudizio di ottemperanza³⁸; pertanto il ricorrente non è tenuto a precisare i modi di esecuzione, poiché spetta al giudice stabilirli³⁹. Per lo svolgimento di questi compiti, è stato espressamente riconosciuto al giudice amministrativo il potere di sostituirsi all'amministrazione inadempiente ponendo in essere le attività che questa avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza⁴⁰. Di conseguenza "i poteri di intervento sostitutivo del giudice (e, per lui, del commissario) si esplicano anche quando l'esecuzione del giudicato comporti l'adozione di provvedimenti discrezionali"⁴¹. A prima vista, sembra difficile ammettere che il giudice amministrativo possa esercitare un potere discrezionale alla stregua dell'amministrazione; ed è per questo che la giurisprudenza si è orientata e consolidata nel senso di ritenere che il giudice di ottemperanza possa adottare direttamente i provvedimenti necessari ad un'integrale esecuzione del giudicato quando tali atti non siano puramente discrezionali, ma strettamente legati alla decisione da eseguire; altrimenti lo stesso giudice dovrebbe in primo luogo limitarsi a dichiarare l'obbligo di provvedere, assegnare poi all'amministrazione un termine e disporre inoltre che si nomini un commissario (o provvedendo egli stesso alla nomina del commissario), il quale agisca in luogo dell'amministrazione se questa non ottemperi entro il termine assegnato⁴².

³⁵ Sui possibili significati del concetto di "bene della vita", L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 166 ss.

³⁶ S. Raimondi, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, cit., 627.

³⁷ E' di questo avviso, F. Francario, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2007, 52 ss.

³⁸ C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 2002, 2

³⁹ S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990, 556

⁴⁰ Cons. St., ad. plen., 14 luglio 1978, n. 23, in *Cons. St.*, 1978, I, 948.

⁴¹ S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 562

⁴² L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 271

In questo modo si viene a creare tra amministrazione e giurisdizione un rapporto al tempo stesso di separazione e di integrazione/continuità secondo un andamento che a volte può procedere in parallelo, in altre occasioni in sequenza. E' come affermare che la titolarità del potere discrezionale rimane in capo all'amministrazione; invece l'esercizio di tale potere oggetto prima di giudizio, poi della decisione sull'ottemperanza viene a strutturarsi in modo diverso in relazione alle indicazioni contenute nella pronuncia da eseguire e, in definitiva, può essere alternativo o concomitante tra giudice e amministrazione.

Ora, se si volesse descrivere la successione logica attraverso cui si sviluppa il rapporto dialettico tra amministrazione, giudice e cittadino, si potrebbero individuare le seguenti fasi: a) giudicato (*rectius*, decisione del giudice); b) ricorso per ottemperanza; c) pronuncia del giudice dell'ottemperanza; d) attività dell'amministrazione; e) eventuale attività del commissario *ad acta*; f) eventuale controllo dello stesso giudice; g) riesercizio del potere amministrativo. Così strutturato, il processo di ottemperanza si presenta come progressivo avvicinamento al momento di riesercizio del potere dell'amministrazione, come ritorno al momento amministrativo, "come attuazione esecutiva o esercizio di amministrazione con strumenti giurisdizionali", per fini di tutela sostanziale di interessi protetti che nella giurisdizione hanno trovato pieno riconoscimento e che pertanto devono trovare concreta soddisfazione⁴³.

In conformità alla ricostruzione del dato giuridico appena prospettata, appare evidente come il giudizio di ottemperanza venga a costituire – in definitiva - un passaggio importante, un elemento dinamico rispetto all'agire amministrativo in relazione al raggiungimento del risultato cui sono preordinate le norme ed i procedimenti. Insomma, una sorta di "ponte di congiunzione" tra giurisdizione e amministrazione per la ragione che solo attraverso il riesercizio (in proprio o da parte del giudice dell'ottemperanza) del potere amministrativo si può realizzare esaustivamente l'assetto di interessi ricercato e ormai voluto⁴⁴. In tal senso si supera una visione di separazione logica tra giudice dell'ottemperanza e amministrazione⁴⁵; sembra piuttosto che non ci siano tra i due momenti – giurisdizionale e amministrativo – punti di cesura o di soluzione di continuità.

⁴³ L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, cit, 279. Si tenga conto che l'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 205, aggiungendo la consulenza tecnica ai mezzi istruttori a disposizione del giudice amministrativo, ha consentito il sindacato, da parte dello stesso delle valutazioni tecniche dell'amministrazione.

⁴⁴ C. Calabrò, *L'ottemperanza come "prosecuzione" del giudizio amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1166.

⁴⁵ Analizzata da M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 1998, 550.

Nel termine assegnato l'amministrazione può autonomamente adempiere quanto stabilito dal giudice. Anzi, essa può fare di più: può predisporre le misure organizzative idonee affinché si possa ottemperare direttamente, senza aspettare l'insediamento del commissario *ad acta*. Pertanto, prima ancora che intervenga il commissario è possibile che le pretese del ricorrente siano completamente soddisfatte, secondo i parametri fissati nella decisione ottemperanda così come esplicitati nell'ordine di ottemperare. Se così è si pone il problema di come qualificare queste attività amministrative e, soprattutto, quale ne sia il regime giuridico. La scienza giuridica sembra sottovalutare la rilevanza di tali questioni, mentre la giurisprudenza ogni tanto ha occasione di esaminarle e decidere su casi specifici. Di ciò si discute nelle note che seguono.

3. I compiti "elastici" dei giudici dell'ottemperanza.

Nel sistema dinamico congiunto, amministrazione-giurisdizione, finora esaminato assumono particolare rilievo i compiti affidati ai giudici dell'ottemperanza. Da essi dipende evidentemente la qualificazione del regime giuridico delle attività connesse siano esse svolte direttamente dal giudice, dall'amministrazione soccombente oppure esercitate dal commissario *ad acta*.

La scienza giuridica si è spesso interrogata sul compito del giudice dell'ottemperanza, sul posto che esso occupa rispetto alle attività amministrative soprattutto in relazione all'interesse sostanziale da tutelare. E' stato anche affermato che il giudizio di ottemperanza "può assumere cento e uno volti, in relazione al tipo e all'ampiezza di efficacia che si ritenga necessario e/o possibile realizzare effettivamente, e a tutti gli altri elementi che possano venire in rilievo per lo scopo (presupposti, misure ammissibili, etc.)"⁴⁶. Tale molteplicità di funzioni è stata ricostruita dalla Corte costituzionale, secondo la quale il giudizio di ottemperanza comprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività

⁴⁶ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1981, 1175.

provvedimentale dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile⁴⁷.

Ora, se nel processo l'oggetto dell'accertamento giudiziale è il rapporto amministrativo⁴⁸ è evidente che la principale funzione del giudizio di ottemperanza è di dare attuazione pratica agli effetti propri della sentenza, nonché di sviluppare e realizzare in positivo i suoi contenuti rimasti insoddisfatti, nonostante la pronuncia positiva. In effetti, "il ricorso per l'ottemperanza, indispensabile quando l'esecuzione del giudicato involga valutazioni dell'amministrazione, si palesa utile e a volte praticamente necessario anche per l'esecuzione di sentenze con contenuto più semplice e immediato (ad es. condanna al pagamento di una somma di denaro; rilascio di un bene detenuto senza titolo), per le quali la conformazione della situazione di fatto a quella di diritto non si realizzi semplicemente con operazioni esecutive che possano essere poste in essere coattivamente dall'ufficiale giudiziario ma comporti altresì l'adozione di provvedimenti amministrativi, o, più spesso, di una serie di atti e operazioni organizzati in procedimento, riservati all'amministrazione (e in sostituzione di questa adottabili solo dal giudice dell'ottemperanza)"⁴⁹. Ciò è consentito dalla cognizione estesa al merito⁵⁰, utilizzando la quale il giudice può sostituirsi all'amministrazione inerte ponendo in essere, con la sua pronuncia, tutti quegli atti che, caso per caso, siano necessari allo scopo di rendere conforme al giudicato la situazione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione⁵¹ e, in ultima analisi, accompagnare l'amministrazione inottemperante nel rifacimento di un tratto di azione amministrativa⁵².

Pertanto, il giudice dell'ottemperanza è un giudice che può assumere provvedimenti di vario tipo (costitutivi, declaratori di obbligo a carico dell'amministrazione) e adempimenti vari che si siano strumentalmente necessari per l'esecuzione delle sentenze

⁴⁷ Corte cost., 12 dicembre 1998, n. 406, in www.cortecostituzionale.it

⁴⁸ M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. di dir. proc.*, 1964, n. 1, 42

⁴⁹ C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, cit., 1. La giurisprudenza riconosce la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze dell'Autorità giudiziaria ordinaria anche in cumulo con l'azione esecutiva ordinaria. Cfr. Cons. St. ad. pl., 9 marzo 1973, n. 1, in *Cons. St.*, 1973, I, 351; Cass., s.u., 9 marzo 1981, n. 1299.

⁵⁰ Sul significato dell'espressione contenuta nell'art. 27, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 secondo cui "il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito", si v. U. Pototschnig, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 499 ss.; E. Cannada Bartoli, *Specialità del giudizio di ottemperanza*, in *Giur. it.*, 1999, 12 ss.

⁵¹ L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 270.

⁵² C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, cit., 3.

ottemperande⁵³. Egli può esercitare un vero e proprio potere sostitutivo diretto⁵⁴ con il solo limite costituito dalla previsione normativa di uno svolgimento procedimentale dell'attività amministrativa⁵⁵. In effetti, dato l'attuale assetto dell'organizzazione pubblica, la sostituzione del giudice all'amministrazione riguarda l'esercizio di un potere la cui competenza e legittimazione sono fissate dal disegno organizzativo dell'ente. Si pensi, ad esempio, agli enti locali, dove non vi può essere sostituzione *tout court*, ma sostituzione di una specifica unità organizzativa che ha definito l'ambito della propria azione, anche in ordine al *budget* disponibile, dal regolamento degli uffici e dei servizi adottato dalla giunta comunale. Al riguardo, non bisogna dimenticare che l'esistenza dell'obbligo dell'amministrazione di adempimento del giudicato - normalmente stabilito nella sentenza - non presupponendo il consenso, non è contestabile da parte dell'ente destinatario, nemmeno ricorrendo alla potestà di merito che talvolta è riconosciuta alla stessa amministrazione in fase di esecuzione della pronuncia giurisdizionale⁵⁶. Si può dire allora che non esiste discrezionalità dell'amministrazione circa l'*an* e il *quando* dell'adempimento, trattandosi di un'attività obbligata - nei termini e nelle forme stabiliti dal giudice - alla quale l'amministrazione non può sottrarsi per alcuna ragione, neppure per l'estrema difficoltà dell'esecuzione o per l'eccezionalità della situazione o addirittura per la prevalenza di uno stato di necessità, salvo il naturale limite dell'impossibilità sopravvenuta. Esiste invero discrezionalità dell'amministrazione circa il *quomodo* dell'adempimento, in quanto alla stessa amministrazione è conferito il potere di scegliere il mezzo più opportuno per pervenire alla finalità di rendere conforme al diritto lo stato di fatto secondo l'accertamento contenuto nel giudicato⁵⁷. Non vi è dubbio che possa configurarsi anche un

⁵³ Famoso è il caso della decisione del Consiglio di Stato, che in sede di ottemperanza si è spinto fino ad emanare un vero e proprio regolamento in sostituzione della Società italiana autori ed editori. Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 976 ss., con nota di A. Travi, *Giudizio di ottemperanza e giurisdizione di merito*.

⁵⁴ Il giudice può adottare direttamente i provvedimenti necessari al fine dell'integrale applicazione del giudicato... Questa opzione inizialmente praticata per i soli atti vincolati, è oggi pacificamente ammessa anche per quelli discrezionali, avendo il giudice amministrativo superato le originarie reticenze che, in questo campo, lo inducevano a prediligere lo strumento del commissario. Cfr. Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41, in *Foro amm.*, 1995, 78.

⁵⁵ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1981, 1196.

⁵⁶ M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. di dir. proc.*, 1963, n. 4, 531, il quale ha ricordato che l'ottemperanza è, di solito, in diritto positivo, configurata come obbligo e, quindi è obbligo di eseguire (ed inoltre) il consenso all'atto è irrilevante (l'obbligo è invece rilevante) ma non è che l'adempimento di esso significhi consenso al provvedimento, poiché si può ottemperare senza consentire.

⁵⁷ L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 270. La scienza giuridica si è anche interrogata sulla competenza del giudice dell'ottemperanza ad accordare un risarcimento per equivalente (r.p.e.) anziché un risarcimento in forma specifica (r.f.s.), optando per un'intermedia visione elastica. Così, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 234.

certo grado di discrezionalità sul *quid*⁵⁸, soprattutto quando al contenuto specifico dell'adempimento da eseguire, e dunque da considerare necessario, si possa affiancare un ulteriore contenuto eventuale fissato dalla stessa amministrazione, magari strutturato in funzione di autotutela⁵⁹.

Ecco allora configurati gli spazi occupati dalle attività amministrative nell'ambito del processo per l'ottemperanza, attività da esercitare - di regola - nel termine assegnato dal giudice. La giurisprudenza tende a ritenere che tale termine per l'adempimento abbia natura perentoria; alla sua inutile scadenza l'amministrazione non disporrebbe più del potere di provvedere, che si trasferirebbe automaticamente al giudice dell'ottemperanza, il quale potrà esercitarlo direttamente ovvero a mezzo del commissario *ad acta*⁶⁰. In realtà il dettato dell'art. 21 bis, comma 3, della legge n. 1034/1971 sembra disporre nel senso inverso; si evince, infatti, dalla disposizione in parola che l'amministrazione rimane nella piena facoltà di provvedere anche una volta spirato il termine giudiziale⁶¹.

In conclusione, i compiti del giudice dell'ottemperanza non possono che essere elastici, in relazione alla moltitudine delle fattispecie in cui oggi si esplica tale processo esecutivo⁶². Ai nostri fini, appare utile evidenziare che quando il giudice stabilisce l'azione materiale da compiere o il provvedimento da adottare, impartisce all'amministrazione un ordine di ottemperare che si presenta al destinatario con un contenuto sostanziale tipico della direttiva; ciò in quanto viene indicato – in prima battuta - il risultato da raggiungere. In effetti, nello spazio temporale fissato, l'autorità chiamata ad ottemperare rimane fornita dei propri poteri decisorii, non ne viene spogliata, anche se li deve esercitare in conformità alle linee tracciate nella decisione giurisdizionale.

4. L'ordine di ottemperare.

La scarsa normazione positiva in materia di giudizio di ottemperanza fa riferimento costante alla possibilità di ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali. I possibili contenuti delle decisioni non sono stati tipizzati dalla legislazione, ma sono la conseguenza diretta della particolare

⁵⁸ Cons. St., sez. VI, 5 maggio 1995, n. 404, in *Cons. St.*, 1995.

⁵⁹ Sui profili teorici della discrezionalità amministrativa, M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, dove si distingue la discrezionalità amministrativa dalla discrezionalità del giudice, facendola risiedere nella diversa posizione degli interessi da valutare, 114.

⁶⁰ Cons. St., Sez. VI, 24 marzo 2003, n. 1519, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 1104

⁶¹ S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 12.

⁶² Per una tendenza già avvertita in tal senso, Cons. St., sez. IV, 1999, n. 137, in www.giustizia-amministrativa.it

tipologia di poteri cognitori di merito accordati dall'ordinamento al giudice amministrativo⁶³. Così il principale effetto del giudicato dell'ottemperanza è generalmente costituito dall'ordine impartito dal giudice all'amministrazione, affinché siano poste in essere le attività necessarie a dare soddisfazione effettiva al ricorrente.

Sul piano concreto, è stato rilevato come tali ordini possano assumere la veste di semplici comandi oppure “spingersi molto lontano: si pensi, ad es., al rifacimento di un piano regolatore o di una sua variante; alla ripartizione di fondi tra le regioni; al riordinamento delle autonomie universitarie o delle competenze di un ordine professionale; alla disciplina del settore del mercato finanziario, ecc... Più che mai in tali casi il giudice dell'ottemperanza passerà la palla all'amministrazione; ma se questa non provvede o provvede in modo distorto la palla ritornerà inevitabilmente a lui”⁶⁴.

Va anche qui sottolineato – come già detto – che il ricorso per l'ottemperanza si palesa utile e a volte necessario anche per l'esecuzione di sentenze con contenuto più semplice e immediato (es. condanna al pagamento di una somma di denaro; rilascio di un bene detenuto senza titolo) per le quali la conformazione alla situazione di fatto a quella di diritto indicata dal giudice non si realizza semplicemente con operazioni esecutive che possano essere poste in essere coattivamente dall'ufficiale giudiziario, ma possono comportare inoltre l'adozione di provvedimenti amministrativi, o, più spesso, di una serie di atti o operazioni organizzati in procedimento, riservati all'amministrazione (e, in sostituzione di questa, adottabili solo dal giudice dell'ottemperanza)⁶⁵

Sulla base della giurisprudenza in materia, la scienza giuridica ha classificato le decisioni del giudice dell'ottemperanza secondo quattro tipologie prevalenti di misure⁶⁶: a) *intimatorie o compulsorie*, che consistono in ordini normalmente generici emessi dal giudice nei confronti dell'amministrazione inottemperante, assegnando un termine e preannunciando sanzioni in caso di inadempienza; b) *repressive*, che consistono in provvedimenti di eliminazione di atti contrastanti con il giudicato; c) *sanzionatorie*, che consistono nella denuncia ai giudici penali o ai giudici contabili di fatti in ordine ai quali il giudice amministrativo rilevi una condotta di inadempimento, imputabile soggettivamente al pubblico funzionario che nell'esercizio delle sue funzioni ometta di provvedere agli atti

⁶³ Art. 27, primo comma, n. 4, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

⁶⁴ C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, cit., 3.

⁶⁵ Si ricorda che la giurisprudenza riconosce l'esperibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze dell'autorità giudiziaria ordinaria anche in cumulo con l'azione esecutiva ordinaria. Per interessanti commenti in proposito M.E. Schinaia, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, cit., 4.; C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, cit., 1 ss.

⁶⁶ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1195.

dovuti od ordinati dal giudice; d) *sostitutorie*, che possono essere strumentali, come nel caso della nomina di un commissario *ad acta* o dell'incarico conferito all'amministrazione direttamente interessata o all'amministrazione vigilante su quella che risulta inadempiente di nominare un commissario oppure sostanziali, come nel caso dell'assunzione dell'atto omesso o della fissazione di criteri per la sua adozione, che possono poi tradursi in misure strumentali mediante la nomina di commissario nell'ipotesi di persistente inottemperanza, al fine di rendere effettiva la prescrizione sostitutiva sostanziale⁶⁷.

La descritta tipizzazione denota un rapporto giudice amministrazione configurato in un duplice modo: da una parte vi è l'ordine di ottemperare e, dall'altra, c'è la riserva di vigilare e controllare affinché il comando venga eseguito e in modo corretto (esatto adempimento) o ne siano recepiti gli effetti diretti.⁶⁸

Appare chiaro che – così costruito – il meccanismo ordinatorio si presta a più soluzioni ottemperative. Il giudice dell'ottemperanza è chiamato a sceglierne una, purché motivi le ragioni della scelta⁶⁹. In questo senso, l'ordine di ottemperare assume la veste di uno dei possibili comandi che la specifica situazione avrebbe potuto richiedere e ciò si riverbera anche sulla funzione di vigilanza che non potrà che essere di tipo "collaborativo". Il giudice dell'ottemperanza assume allora un nuovo ruolo: dirige direttamente le attività amministrative necessarie all'adempimento, e si pone – al contempo – quasi come un autorevole consulente dell'amministrazione. Ciò soprattutto quando, nel termine fissato nell'ordine di ottemperare, la stessa amministrazione esprime palesemente la volontà di aderirvi, nelle forme e nei modi stabiliti dal giudice e nelle eventuali precisazioni che al giudice medesimo siano richieste. Anche in questo senso, l'ordine di ottemperare non esprime un rapporto di subordinazione gerarchica tra giudice e amministrazione, quanto piuttosto un rapporto sostanziale di direttiva, che implica la fissazione di obiettivi – o, se si vuole, una regola di azione - da parte del giudice e l'attuazione delle attività necessarie a raggiungerli da parte dell'amministrazione, chiamata ad esercitare quella discrezionalità condizionata di cui prima si è detto⁷⁰. Tale rapporto di direttiva non differisce molto dalla relazione che oggi intercorre tra organi di vertice ed apparati burocratici. Questi due

⁶⁷ L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 278

⁶⁸ Così, il giudice si ingerisce due volte nell'attività dell'amministrazione e la integra: in quanto ordina all'amministrazione di fare alcunché; in quanto si attribuisce il potere di controllare se l'amministrazione abbia adempiuto il suo obbligo di fare ed il potere di sostituirsi ad essa in caso contrario (si annulla così la separazione tradizionale tra processo amministrativo e amministrazione). Così, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 405-406;

⁶⁹ V. Caianiello, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. d. dir.*, App., vol. III, Giuffrè, Milano, 1999, 615.

⁷⁰ Sulla differenza tra rapporto gerarchico e rapporto di direzione, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000.

compiti, nel rapporto giudice amministrazione non sono fungibili, anzi sono espressione della contiguità/separazione tra i due ordini indipendenti (giurisdizionale ed esecutivo); ma a ben guardare la fungibilità non è possibile nemmeno tra attività di indirizzo e attività di gestione che si svolge nell'ambito dello stesso apparato amministrativo. Pertanto, la prima "relazione direttiva" tra giudice dell'ottemperanza che emana l'ordine e l'amministrazione, non è diversa – dal punto di vista sostanziale – dalla relazione direttiva che normalmente intercorre tra organi di vertice e organi burocratici e ciò emergerà meglio analizzando di seguito le modalità attraverso cui le amministrazioni prevengono o assecondano gli effetti dell'ordine impartito dal giudice.

4.1. Soggetti destinatari e trasformazioni dell'organizzazione amministrativa.

L'ordine di ottemperare è rivolto – in genere - alla stessa amministrazione resistente, controparte nel processo principale e inadempiente rispetto al giudicato, tranne che per i casi di annullamento per incompetenza⁷¹. Destinatario dell'ordine è il rappresentante legale o chi è in grado di esercitarne le prerogative e i conseguenti doveri in base alla legge o alle regole organizzative interne (statuti e regolamenti). Ora, il termine per avviare il giudizio di ottemperanza è quello proprio per l'azione del giudicato, cioè, secondo l'art. 2953 c.c. quello prescrizione di dieci anni, non già quello decadenziale di sessanta giorni, anche se l'amministrazione abbia emanato un provvedimento amministrativo ritenuto non soddisfacente dal ricorrente⁷². Appare evidente che questo schema logico procedurale è oggi influenzato dalle rapide trasformazioni dell'organizzazione amministrativa, che interessano per così dire sia una dimensione orizzontale (trasformazione di apparati pubblici in soggetti privati) sia una dimensione verticale (passaggio di competenze dallo Stato alle regioni e agli enti locali)⁷³. Per cui può accadere che l'ordine del giudice dell'ottemperanza sia rivolto ad un soggetto diverso rispetto a quello che ha emanato l'atto impugnato o posto in essere l'attività contestata, oppure sia rivolto ad un soggetto che non sia qualificabile a stretto rigore come "autorità

⁷¹ Si è discusso in passato su come stabilire a quale amministrazione notificare il ricorso per l'ottemperanza quando l'atto sia stato annullato per vizio di incompetenza. Ciò in quanto l'amministrazione che ha emanato l'atto annullato non avrebbe la legittimazione passiva, mentre quella tenuta ad ottemperare non sarebbe parte nel processo. Il problema si è risolto ritenendo che quando si chiede l'annullamento di un atto per incompetenza, la notifica va fatta anche all'amministrazione ritenuta competente.

⁷² V. Caianiello, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 620.

⁷³ Per l'analisi qualitativa e quantitativa delle trasformazioni organizzative, si v. A. Natalini, *Il tempo delle riforme amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2006; M. Savino, *Le riforme amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, parte generale, tomo secondo, Giuffrè, Milano, 2003, 2169 ss.

amministrativa”⁷⁴, ma svolga attività di servizio pubblico con organizzazione di tipo privatistico.

Allora la scarna disciplina positiva del giudizio di ottemperanza non può che essere letta in chiave evolutiva. Va rilevato, innanzi tutto, che “l’obbligo di dare esecuzione al giudicato riguarda l’amministrazione soccombente, ovvero quella cui la legge (statale o regionale) abbia trasferito *medio tempore* la competenza nella materia: in tal caso, in presenza dei relativi presupposti, il giudizio di ottemperanza può essere proposto nei confronti dell’amministrazione oramai divenuta competente, da qualificare come legittimata passiva”⁷⁵. Inoltre, è pacifico che il giudice dell’ottemperanza possa “impartire ordini ad un’amministrazione che non sia stata parte nel precedente giudizio”⁷⁶. Si pensi ad esempio all’esecuzione delle sentenze emesse dal giudice del lavoro, per le quali il protrarsi del giudizio di ottemperanza ha visto nel frattempo mutazioni organizzative⁷⁷.

Non molto diverso è il caso di trasformazioni di apparati pubblici in soggetti privati. Secondo un primo orientamento si era ritenuto inammissibile il ricorso per ottemperanza rivolto contro un ente già pubblico ma trasformato, dopo la pronuncia della quale si chiede l’esecuzione, in ente morale di diritto privato⁷⁸. Successivamente, è stato sottolineato che se il giudizio di ottemperanza è oggi il rimedio per portare ad esecuzione tutte le sentenze riguardanti la pubblica amministrazione e rimaste ineseguite, allora è doveroso sostenere che potranno essere sottoposte al giudizio di ottemperanza anche quelle rese nei confronti dei soggetti privati, allorché questi siano chiamati a gestire servizi pubblici. Così, il Consiglio di Stato ha ritenuto esperibile il giudizio di ottemperanza anche nei confronti di soggetti divenuti privati (nel caso di specie, società per azioni) a seguito della trasformazione di un ente pubblico (nel caso di specie, economico) tenuti all’esibizione di un documento in forza di un giudicato amministrativo⁷⁹. In genere, la nuova società per azioni risulta vincolata secondo le norme statutarie al perseguimento di quegli stessi fini istituzionali ai quali attendeva l’ente pubblico soppresso ed inoltre può essere essa stessa – in quanto esercente un pubblico servizio – sottoposta comunque ad

⁷⁴ E’ il riferimento preciso di cui all’art. 27, n. 4 del t.u. n. 1054/1924 sul Consiglio di Stato e all’art. 37 della legge n. 1034/1971 sui Tar. Tale disposizione era usata in passato per escludere che si potesse esperire il giudizio di ottemperanza nei confronti di soggetti privati. Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 1995, n. 163, in *Foro amm.*, 1995, 373.

⁷⁵ L. Maruotti, *Il giudicato amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 4.

⁷⁶ S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 563.

⁷⁷ Sul tema si veda, F. Zarletti, *L’esecuzione del giudicato del giudice del lavoro dinanzi al giudice amministrativo*, in www.diritto.it, 2003

⁷⁸ Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 1981, n. 64, in *Cons. St.*, 1981.

⁷⁹ Cons. St., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Foro amm.* –CdS, 2005, 2513.

obblighi di tipo pubblicistico⁸⁰. La giurisprudenza successiva ha poi precisato che – nel caso specifico di accesso agli atti - il giudice dell’ottemperanza ha a disposizione tutti gli strumenti processuali per costringere il privato a consegnare un documento amministrativo⁸¹. Al contrario, il giudice amministrativo è sprovvisto degli strumenti che permettono di portare in esecuzione una sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro nei confronti dei soggetti privati.

E’ chiaro che, assecondando le trasformazioni dell’organizzazione, lo stesso concetto di “autorità amministrativa”⁸² va rielaborato in chiave evolutiva, precludendo altrimenti l’azione nei confronti di quei numerosi soggetti che hanno visto negli anni più recenti modificare o cambiare completamente la propria veste giuridica, in genere ad opera diretta della legge. In definitiva, può dirsi che il giudizio di ottemperanza e gli ordini del giudice che ne derivano possono avere una platea di destinatari più ampia rispetto alla platea dei soggetti che rientrano comunemente nel concetto di pubblica amministrazione⁸³ e può spingersi fino a comprendere i soggetti privati, siano essi ancora o meno in mano pubblica. In definitiva, come affermato dalla giurisprudenza⁸⁴, vi è comunque uno spazio per il giudizio di ottemperanza quando il soggetto privato sia tenuto ad esercitare un potere pubblico. Dunque, l’elemento discriminante sarebbe non più di natura soggettiva, ma di natura oggettiva: l’esercizio del potere amministrativo da parte di un privato comporterebbe l’applicazione, nei suoi confronti, della disciplina tipica prevista per l’amministrazione⁸⁵. E’ evidente che la relazione instaurata tra giudice dell’ottemperanza e soggetto privato tenuto ad attuare l’ordine va anch’essa considerata di tipo direttivo, perché è volta a delineare l’obiettivo da perseguire, lasciando al destinatario (in prima battuta) la scelta delle modalità più opportune per raggiungerlo e riservandosi di controllarne gli esiti.

4.2. Il tempo di esecuzione accordato all’amministrazione.

Sopra si è affermato che il giudice dell’ottemperanza può assolvere direttamente al compito di interpretare la regola posta dalla sentenza principale, emanando esso stesso in

⁸⁰ E’ il caso, ad esempio, del diritto di accesso ex art. 23, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁸¹ Attraverso semplici operazioni poste in essere dal commissario *ad acta*: 1) scelta del documento; 2) estrazione di copia; 3) consegna della copia al creditore dell’obbligo di esibizione. Cons. giust. amm., 13 febbraio 2007, n. 42, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2008, 171 ss, con commento di C. Leone, *Giudizio di ottemperanza e gestori di pubblico servizio*.

⁸² Cons. Stato, Sez. IV, ord. 21 febbraio 2005, n. 609, in www.giustamm.it, con nota di N. Paolantonio.

⁸³ Si confronti, ad esempio, la definizione di pubblica amministrazione che viene data dall’art. 1, comma 2 del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165, recante *Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*.

⁸⁴ Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5624, in *Foro it.*, 2002, III, c. 273.

⁸⁵ A. Travi, *L’esecuzione della sentenza*, cit., 4656.

via sostitutiva i provvedimenti opportuni all'esecuzione del giudicato⁸⁶. Tuttavia, è stato osservato che questi sono casi non tanto frequenti⁸⁷, per cui accade normalmente che venga assegnato all'amministrazione un termine entro cui provvedere, decorso il quale scattano i poteri sostitutivi veri e propri, magari con la nomina del commissario *ad acta*. Il termine fissato dal giudice si ritiene essere perentorio; quindi, una volta decorso, l'esercizio del potere di dare esecuzione al giudicato si trasferisce dall'amministrazione al giudice dell'ottemperanza⁸⁸.

E' opinione diffusa che con l'insediamento del commissario, ossia con la redazione del verbale di immissione del commissario nelle funzioni amministrative e con la sua presa di contatto con l'amministrazione, si verifichi un trasferimento momentaneo di poteri. A ben guardare, però, non si tratta di un vero e proprio trasferimento, quanto piuttosto, come si è già osservato, di uno spostamento dell'esercizio del potere necessario a dar corso all'ordine di ottemperare dall'amministrazione al giudice o al commissario. La titolarità del potere permane sempre e in ogni caso in capo all'amministrazione e ciò – si ricorda – è alla base della stessa ragion d'essere del giudizio di ottemperanza. In effetti, se si ammettesse la possibilità di trasferire il potere esecutivo (necessario all'azione della pubblica amministrazione) in capo al giudice amministrativo, si farebbe venir meno la costruzione giuridica faticosamente elaborata circa la configurazione del giudizio di ottemperanza come un vero e proprio processo di esecuzione, che si esplica nell'ambito della giurisdizione⁸⁹.

E' utile ricordare – in ordine a tali questioni – che autorevoli studiosi, analizzando in passato il problema, avevano costruito una netta distinzione tra potere sostanziale (o diritto potestativo) e potere strumentale; il primo, che è posto sempre a protezione di un interesse sostanziale del soggetto in ordine ad un bene, si concreta nella disponibilità di un effetto giuridico, e si realizza con l'atto di volontà del suo titolare; il secondo, in cui manca la disponibilità di un effetto, che si fonda su una norma d'azione che attribuisce al soggetto

⁸⁶ E' bene ricordare che l'art. 147, comma 1, lett. a) della legge n. 388/2000 (finanziaria 2001), ha stabilito che "le amministrazioni pubbliche completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di denaro entro centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atti di precetto". Per le amministrazioni dello Stato si prevede che il dirigente responsabile della spesa, in assenza di disponibilità finanziarie nel pertinente capitolo, dispone il pagamento mediante emissione di uno speciale ordine di pagamento rivolto all'istituto tesoriere, da regolare in conto sospeso"

⁸⁷ V. Caianiello, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 622.

⁸⁸ Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41.

⁸⁹ A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 2 ss.

mezzi per tutelare situazioni soggettive le quali abbiano riferimenti ad interessi sostanziali del soggetto stesso⁹⁰.

Su questa linea, la giurisprudenza ha sottolineato che l'amministrazione rimane titolare del potere di provvedere tardivamente dopo la scadenza del termine fissato dal giudice, ma fino all'insediamento del commissario. Pertanto, non sono affetti da nullità, né devono ritenersi emanati in assenza di potere gli atti posti in essere dall'amministrazione in sede di esecuzione del giudicato una volta scaduto il termine per provvedere assegnato dal giudice della ottemperanza con sentenza che abbia peraltro disposto contestualmente la nomina del commissario *ad acta*⁹¹. Va anche detto, però, che la nomina del commissario *ad acta*, ovvero l'adozione da parte di questi di alcuni atti, o la fissazione di termini ulteriori rispetto a quanto stabilito dal giudice, non priva in assoluto l'amministrazione del potere di provvedere, la cui attività peraltro non deve avere lo scopo di ritardare l'esecuzione del giudicato. Né all'amministrazione è precluso di provvedere in via concorrente⁹². Si può ritenere cioè che la nomina del commissario *ad acta* e la scadenza del termine assegnato per l'esecuzione della statuizione dell'autorità giudiziaria non comportano il completo venir meno del potere dovere dell'amministrazione di provvedere nell'ambito delle attribuzioni riconosciute per legge⁹³. Tant'è che in alcuni casi le attività istruttorie poste in essere dal commissario *ad acta* si traducono in provvedimenti attuativi dell'ordine di ottemperare adottati direttamente dagli organi dell'amministrazione precedentemente inadempiente

La ricostruzione della natura e delle vicende del potere amministrativo posto di fronte all'ordine di ottemperare va a legarsi anche con l'osservazione, secondo cui residuano al giudicato ed eccedono il giudicato, degli spazi di azione amministrativa che, dovendo mettere insieme aspetti notevolmente diversi fra di loro, sono da definire meglio che come "spazi liberi". Questo accade per il fatto ben noto che il giudicato amministrativo a differenza di quella che è la normale situazione in cui interviene il giudicato civile, opera su di una realtà in movimento, che è appunto l'azione amministrativa, cioè su di una realtà che ha continuato a muoversi pur dopo l'evento su cui cade il giudizio (l'atto o il comportamento amministrativo impugnato o assoggettato ad accertamento) e, soprattutto, deve continuare a muoversi dopo la pronuncia giudiziale⁹⁴.

⁹⁰ A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962; M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. di dir. proc.*, 1964, n. 1, 28.

⁹¹ Cons. St., sez. VI, 27 aprile 1995, n. 373, in www.giustizia-amministrativa.it

⁹² Cons. St., sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3641, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 1947, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁴ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1165. Pertanto, "residua all'amministrazione la possibilità di tener conto degli elementi di fatto e di diritto rimasti fuori dalla valutazione del giudice amministrativo, ma obiettivamente rilevanti in ordine al comportamento da tenere

In definitiva, durante il tempo assegnato dal giudice dell'ottemperanza per l'adempimento l'amministrazione rimane titolare non solo del potere amministrativo, ma anche dell'esclusivo suo esercizio. Alla scadenza del termine (si ricorda ritenuto perentorio) se – come quasi sempre accade – entra in gioco il commissario *ad acta* nominato dal giudice al momento della sentenza, l'amministrazione non viene completamente privata della possibilità di adottare comunque atti legati all'ordine di ottemperare; e ciò sia in quanto espressione di esercizio del potere concorrente con quello commissariale, sia in quanto frutto di attività legate ai residui spazi amministrativi liberi, sia infine come conclusione del procedimento istruttorio posto in essere dallo stesso commissario.

4.3. Gli effetti sulle attività

Le attività conseguenti all'ordine di ottemperare sono oggettivamente amministrative, anche se la fonte di legittimazione può essere diversa a seconda che esse si considerino un adempimento doveroso in esecuzione della sentenza oppure l'esercizio del potere di provvedere conseguente alla pronuncia del giudice⁹⁵. E' chiaro che l'ampliamento dei casi in cui vi può essere ricorso per l'ottemperanza ricordato all'inizio pone questioni nuove. In effetti, se si pensa all'ottemperanza delle sentenze non sospese, ma suscettibili di appello oppure all'ottemperanza delle decisioni cautelari, appare evidente come il giudice amministrativo si inserisca in attività amministrative (e giurisdizionali) ancora in divenire, i cui esiti sono per definizione ancora incerti. Le stesse amministrazioni hanno questa percezione, tant'è che disciplinano i procedimenti conseguenti nell'ambito dei regolamenti riguardanti l'individuazione dei termini e dei responsabili ai sensi della legge n. 241/1990⁹⁶, concependo l'ottemperanza come una competenza amministrativa.

I risultati di tali attività esecutive – cioè gli atti adottati a seguito del giudizio di ottemperanza – possono avere quindi regimi giuridici diversi a seconda se ad adottarli sia stata l'amministrazione intimata, lo stesso giudice dell'esecuzione oppure il commissario *ad acta*. Pertanto è solo in riferimento agli atti che la natura giuridica viene attratta dalla collocazione dell'organo che li ha adottati nell'ordinamento. Così, gli atti del giudice amministrativo che si sostituisce all'amministrazione nel giudizio di ottemperanza sono atti

dopo la sentenza, in essi compresi quelli sopravvenuti"; M.E. Schinaia, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, cit., 9.

⁹⁵ In tal senso, G. Sciallo, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 1997, 67.

⁹⁶ Valga per tutti, come esempio, il riferimento al d.P.R. 23 dicembre 2005, n. 303 *Regolamento per l'individuazione dei termini e dei responsabili dei procedimenti amministrativi di competenza del Segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei ministri*, dove si stabilisce il termine generale di trenta giorni dalla notifica della decisione.

di natura giurisdizionale, adottati in posizione di terzietà in esito ad uno speciale processo di esecuzione⁹⁷. Mentre gli atti adottati dal commissario ad *acta*, nominato per far fronte al silenzio inadempimento dell'amministrazione, sono espressione della funzione amministrativa attribuita dall'ordinamento alla stessa amministrazione sostituita; così, da un lato l'attività del commissario deve seguire il medesimo *iter* procedimentale previsto per l'adozione del provvedimento negato (es., in materia urbanistica, acquisire il parere della commissione edilizia), dall'altro, gli effetti di tale attività sono imputati sempre all'amministrazione sostituita, alla quale è dunque precluso di contestare le scelte effettuate in sede di ottemperanza, non essendo esse riferibili ai vincoli determinati da direttive del giudice⁹⁸.

Gli effetti che si producono sulle attività amministrative dipendono ovviamente dalla struttura del comando del giudice. Questa deve desumersi non soltanto dal dispositivo della sentenza ma anche dalla motivazione⁹⁹. Vi sono poi altri problemi che l'amministrazione deve affrontare. Ad esempio, quando il giudicato di annullamento riguarda solo il ricorrente, in linea di principio l'amministrazione è titolare del potere discrezionale di estendere gli effetti del giudicato a tutti coloro che versano in situazione identica a quella del ricorrente vittorioso¹⁰⁰; tale estensione diviene obbligatoria quando, in sede di ottemperanza, l'amministrazione è chiamata a porre in essere atti che riguardano più persone (compreso il ricorrente), le cui posizioni non sono divisibili.

Riguardo poi agli effetti sulle attività delle ottemperanze relative alle sentenze non passate in giudicato o alle pronunce cautelari, il problema appare molto delicato. Occorre, infatti, stabilire, in quale modo si concili la pretesa dell'interessato all'effettività ed alla rapidità della tutela sia con le esigenze proprie dell'amministrazione o, meglio, con l'interesse pubblico, sia con quello dei controinteressati. Entrambi – amministrazione e controinteressati – hanno l'interesse qualificato a non vedere stravolte situazioni, giuridiche o di fatto, con riguardo al comando contenuto in una sentenza suscettibile di essere riformata in sede di appello. La questione è dibattuta e vede la scienza giuridica propensa ad ammettere l'integrale applicazione dei principi sull'ottemperanza e la giurisprudenza attestata, invece, su una posizione più prudente, ritenendo che il rifacimento di tratti significativi di azione amministrativa, in sede di esecuzione di decisioni "provvisorie",

⁹⁷ C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, cit., 3.

⁹⁸ Tar Campania, sentenza 5 febbraio 2005, n. 3553; Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2005, n. 6365; entrambe in www.giustizia-amministrativa.it

⁹⁹ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1166.

¹⁰⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 1998, n. 1317, in *Cons. St.*, 1998, I, 1386. Si ritiene che ciò sia possibile anche riguardo a diritti soggettivi, si v. L. Maruotti, *Il giudicato amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 4.

anche per i costi sociali che può comportare, imponga di adeguare l'intervento giudiziale al carattere non definitivo della pronuncia¹⁰¹.

Si può dire, allora, che tranne i casi in cui l'ottemperanza è riferita a sentenze passate in giudicato, in tutte le altre innovative fattispecie il giudice amministrativo dell'esecuzione si ingerisce nelle attività amministrative in essere e ne condiziona il decorso. Con una immagine ardita, si potrebbe configurare l'attività del giudice dell'ottemperanza chiamato a decidere su pronunce provvisorie come una sorte di fase eventuale ma sostanziale del procedimento, che definisce gli adempimenti endoprocedimentali da seguire da parte dell'amministrazione.

4.4. Le decisioni conseguenti tra indirizzo e gestione.

L'ordine di ottemperare si presenta all'amministrazione come un vero e proprio comando cui si lega il dovere di adempiere la regola posta dal giudicato. Pertanto, l'ordine richiede che siano prese decisioni conseguenti, le quali – è evidente – devono essere assunte dagli organi competenti e legittimati. Tale processo decisionale, in ossequio ai principi che oggi regolano l'agire amministrativo, è frutto delle attività congiunte degli organi di indirizzo politico e della dirigenza deputata alla gestione.

Ci si può chiedere, allora, se l'ordine di ottemperare incida sul rapporto organi di vertice – amministrazione. In altre parole occorre approfondire le modalità attraverso cui le amministrazioni decidono su come dare seguito al comando del giudice dell'ottemperanza¹⁰². Va subito detto, che quando – decorso il tempo assegnato – scatta la nomina del commissario *ad acta*, quest'ultimo, ancorché rivesta la qualifica di dirigente o funzionario e sia incardinato nell'amministrazione con un rapporto organico, sembra sfuggire alle direttive "politiche", in quanto deve svolgere i propri compiti sotto continuo controllo e la continua vigilanza del giudice¹⁰³; in realtà – come poi si dirà – la qualificazione appena prospettata può assumere connotati differenti e problematici.

Discorso diverso vale per gli atti di competenza dei dirigenti in quanto titolari del potere amministrativo da esercitare per eseguire l'ordine del giudice. A prima vista sembrerebbe da escludere che – anche in questo caso – residuino spazi per le attività di vigilanza e di indirizzo politico. Tuttavia, a ben guardare vi sono tracce nella normazione

¹⁰¹ P. de Lise, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004.

¹⁰² Va qui ricordato che l'esecuzione del giudicato non può essere effettuata – né impedita come si vedrà - in via legislativa. Ad esempio la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge della Regione Abruzzo recante *Disposizioni conseguenti l'adeguamento giurisprudenziale in materia di accesso alla qualifica dirigenziale unica*. Corte cost., sentenza 14 luglio 1999, n. 364, in www.cortecostituzionale.it

¹⁰³ Cass. Civ., sez. V, 22 giugno 2006, n. 14647, in www.massimario.ipsoa.it

positiva e nella giurisprudenza che inducono a ritenere che un ambito di direttiva e di sorveglianza permanga ancora in capo agli organi di vertice, allorquando si tratti di dar seguito all'ordine di ottemperare. Basti considerare l'art. 14, comma 3, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 di disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Qui, con una norma pilota¹⁰⁴, si dispone che il ministro non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti. In caso di inerzia o ritardo il ministro può fissare un termine perentorio entro il quale il dirigente deve adottare gli atti o i provvedimenti. Qualora l'inerzia permanga, o in caso di grave inosservanza delle direttive generali da parte del dirigente competente, che determinano pregiudizio per l'interesse pubblico, il ministro può nominare, salvi i casi di urgenza previa contestazione, un commissario *ad acta*¹⁰⁵.

Appare evidente che, trattandosi di provvedimenti e atti puntuali vanno oltre la dimensione generale del potere di direttiva accordati dall'ordinamento al ministro, ma sono comprese nel potere/dovere di vigilanza; pertanto, la disposizione ben può riguardare l'esecuzione dell'ordine di ottemperare cui non viene dato seguito da parte del dirigente, esponendo l'amministrazione comunque a conseguenze negative, se non altro di tipo patrimoniale.

Analoghe disposizioni sono dettate per gli enti locali. In particolare l'art. 107 del d.lgs. 18 giugno 2000, n. 267 stabilisce che spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti; questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Così, gli statuti e i regolamenti degli enti sono chiamati a disciplinare l'esercizio delle competenze creando collegamenti funzionali tra organi politici ed amministrazione. In materia di contenzioso, le soluzioni adottate sono nel senso di coinvolgere in ogni caso nelle decisioni gli organi di vertice. Solo per fare un esempio, lo statuto del comune di Firenze stabilisce che il sindaco autorizza i dirigenti a resistere in giudizio (art. 34), ed inoltre quando gli adempimenti conseguenti non siano rilevabili dai programmi e dagli obiettivi definiti all'inizio dell'anno oppure definiti compiutamente dalla normativa, le relative modalità e criteri per dar seguito alle pronunce sono stabiliti da

¹⁰⁴ Sulla funzione pilota delle norme statali rispetto agli altri comparti di amministrazione pubblica, M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, in *Enc. d. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, 293 ss.

¹⁰⁵ Sugli effetti in ordine alla reciproca infungibilità delle competenze dirigenziali e di quelle degli organi di vertice, L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, Padova, 2000, 29; C. Colapietro, *La controriforma del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, n. 4-5-, 2002, 639 ss.

appositi atti di indirizzo del sindaco o dell'assessore delegato. In ossequio a simili disposizioni, nella normazione comunale si riscontra di frequente – ad esempio nei regolamenti delle entrate dell'ente - la specifica disciplina generale di esecuzione delle sentenze e del giudizio di ottemperanza, dove si stabilisce che l'amministrazione si deve uniformare alle sentenze delle commissioni tributarie procedendo alla loro esecuzione nei termini e modi in esse indicate nel rispetto delle normative vigenti.

Un caso particolare – di sicuro interesse – che ibrida indirizzo e gestione riguarda la disciplina dei debiti fuori bilancio¹⁰⁶. In effetti, la statuizione passata in giudicato che condanna la pubblica amministrazione al pagamento di somme, fa sorgere un debito fuori bilancio¹⁰⁷ e se la situazione finanziaria dell'ente è così disastrosa da non poter permettere l'adempimento si pone il problema del reperimento dei necessari fondi che il commissario *ad acta* deve ricercare senza poter tralasciare ogni soluzione, come l'accensione di nuovi mutui, che però porta ad un conflitto con le norme sulla contabilità ed in particolare solleva perplessità in relazione al patto di stabilità interno¹⁰⁸. Nell'ambito degli enti locali, il riconoscimento dei debiti fuori bilancio spetta al consiglio comunale che normalmente lo fa in occasione della verifica periodica degli equilibri di bilancio (almeno una volta l'anno entro il 30 settembre). Ciò in quanto l'insorgenza di debiti si riflette sui programmi già approvati all'inizio dell'esercizio ed esplicitati nel piano esecutivo di gestione (Peg). La delibera dell'organo politico rappresenta l'esito finale di una fase complessa di competenza della sfera gestionale: a) verifica dei presupposti da parte del servizio competente *ratione materiae*; b) ricognizione di bilancio e verifica degli equilibri conseguenti al riconoscimento dei debiti, da parte del responsabile del servizio finanziario – al quale spetta l'onere di predisporre lo schema di delibera; c) sempre al responsabile del servizio finanziario spetta il compito di fornire il parere di regolarità contabile, qualora l'impegno di spesa a sanatoria venga inserito nell'atto deliberativo¹⁰⁹.

La decisione primaria in materia di debiti fuori bilancio è dunque una prerogativa della sfera politica, per la quale l'amministrazione svolge solo un ruolo di supporto. Si pone allora il problema se essa possa essere assunta dal commissario *ad acta* nominato dal

¹⁰⁶ Il debito fuori bilancio consiste in un'obbligazione maturata senza che sia stato adottato il dovuto adempimento per l'assunzione dell'impegno di spesa. Cfr. Ministero dell'Interno, Circolare del 20 settembre 1993.

¹⁰⁷ Ad esempio, l'art. 194 del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 – *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali* – nel disciplinare il riconoscimento di legittimità dei debiti fuori bilancio, inserisce tra i vari casi previsti le “sentenze esecutive”

¹⁰⁸ G. Bobbio, *Il giudice dell'ottemperanza e la P.A. tra obblighi derivanti dal giudicato e vincoli di spesa*, in *Foro amm.*, Tar, 2005, 4154.

¹⁰⁹ G. Bobbio, *Il giudice dell'ottemperanza e la P.A. tra obblighi derivanti dal giudicato e vincoli di spesa*, *cit.*, 4156.

giudice. E' da ritenere che il commissario *ad acta* non si possa sostituire, nel caso specifico, all'attività deliberativa consiliare, perché questa ha la funzione di valutare pure in termini politici le conseguenze delle scelte anche operative per eseguire la sentenza. Pertanto, ove il consiglio non agisca spontaneamente, il commissario potrà solo ordinargli di deliberare in merito. La giurisprudenza contabile, per superare tale impedimento, ha ritenuto che i debiti derivanti da sentenza esecutiva vanno distinti dalle altre ipotesi di debiti fuori bilancio, per cui l'ente può procedere al pagamento prima della delibera consiliare di riconoscimento che non potrebbe in alcun modo impedire l'avvio della procedura esecutiva per l'adempimento coattivo del debito¹¹⁰, ma tale orientamento fa venir meno la distinzione tra politica e amministrazione, soprattutto in relazione alla tipologia delle responsabilità.

4.5. Le direttive e la sorveglianza degli organi di vertice.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, è evidente che, in caso di esecuzione o attuazione della decisione del giudice dell'ottemperanza, non si possa escludere la permanenza di un potere di direttiva in capo agli organi di vertice dell'amministrazione, considerando che l'attuazione dell'ordine non costituisce pura e semplice attività di gestione. Questo potere di direttiva non è però pieno, in quanto viene in parte eroso proprio dai contenuti direttivi dell'ordine di ottemperare, dove sono definiti i risultati concreti che devono essere raggiunti per soddisfare le pretese del ricorrente. In effetti, dall'analisi delle concrete attività amministrative emerge chiaramente come la preoccupazione di evitare conseguenze negative e reazioni a catena sia ben presente e ciò si evince anche dall'uso dello strumento della circolare con valenza anticipatoria rispetto alle attività conseguenti al comando del giudice. Ad esempio, l'Agenzia delle entrate¹¹¹ ha indicato agli uffici i comportamenti da seguire nei giudizi di ottemperanza nel processo tributario; il testo così conclude "nel ribadire che la concreta esecuzione del giudicato costituisce interesse e dovere dell'amministrazione, si raccomanda ai dirigenti degli uffici di prestare ogni collaborazione, nei limiti e nelle forme normativamente consentiti, ai giudici dell'ottemperanza e ai commissari *ad acta*; si fa presente nel contempo di valutare l'opportunità che eventuali richieste ed indicazioni non scritte del commissario *ad acta* siano verbalizzate ai fini della massima chiarezza della procedura. E' altresì compito degli uffici, qualora ritenessero sussistere profili di illegittimità degli atti del commissario,

¹¹⁰ Corte dei conti, sez. riunite Sicilia, 23 febbraio 2005, n. 2, in *Foro amm.*, CdS, 2005, 236.

¹¹¹ Circolare n. 5/E del 4 febbraio 2003 della Direzione centrale normativa e contenzioso, in www.agenziaentrate.it

apprezzare la necessità di presentare specifico reclamo al giudice dell'ottemperanza, ricordando che il giudizio di ottemperanza non ha termine con l'emanazione della sentenza ma con la concreta esecuzione del giudicato".

Analoga iniziativa - anche se per ragioni diverse - è stata assunta dallo Stato maggiore dell'esercito, che si è preoccupato di dettare disposizioni a tutti gli uffici dipendenti al fine di evitare, tra l'altro, l'incardinarsi di successivi giudizi di ottemperanza, per l'inadempienza dell'amministrazione della difesa alle decisioni dei giudici che la vedono soccombente, con l'insorgenza di responsabilità penali e amministrative¹¹².

Va ricordato, infine, che alcune amministrazioni, in ossequio alla disciplina sull'annullabilità dei provvedimenti introdotta nel 2005¹¹³, hanno emanato regolamenti in materia di autotutela, che comprendono, tra i casi previsti, sia la probabilità di instaurazione del contenzioso, sia la possibilità di soccombenza e di esecuzione. Con tali normative si cerca di anticipare la tutela dell'interesse pubblico all'annullamento, alla rettifica o al riesame rispetto alla conservazione o convalida del provvedimento, pure tenuto conto della posizione e dell'affidamento dei soggetti interessati¹¹⁴.

In tutti i casi riportati è evidente il collegamento funzionale tra attività normative e di indirizzo degli organi di vertice, attività di sorveglianza, attività di gestione e attività giurisdizionali. E' altresì chiaro l'obiettivo primario di limitare gli effetti negativi sull'amministrazione delle pronunce dei giudici che rappresenta un'esigenza strategica, appannaggio quindi prevalentemente degli organi di vertice.

4.6. Le attività di attuazione.

Si è visto che le attività di attuazione dell'ordine di ottemperare emesso dal giudice costituisce in capo all'amministrazione soccombente un vero e proprio obbligo. Ma la qualificazione giuridica delle attività conseguenti dipende dalla struttura e dall'esito del giudicato principale e dalle eventuali sopravvenienze di fatto e di diritto. Ad esempio, se l'amministrazione è chiamata a dare attuazione a provvedimenti che riacquistano esecutività e diventano eseguibili a seguito di annullamento del diniego di approvazione (si pensi alla delibera del consiglio comunale riguardante una convenzione urbanistica soggetta

¹¹² Stato maggiore dell'esercito, circolare prot. n. 0072/095/N.C.L. del 6 febbraio 2001 *Procedure per la gestione/trattazione del contenzioso amministrativo e giurisdizionale, instaurato dal personale militare in materia di impiego*.

¹¹³ Artt. 21 *octies* (annullabilità del provvedimento) e 21 *nonies* (annullamento d'ufficio), della legge n. 241/1990, come modificata e integrata nel 2005.

¹¹⁴ Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps), *Regolamento recante disposizioni in materia di autotutela*, delibera del Consiglio di amministrazione del 27 settembre 2006, trasmesso agli uffici con Circolare n. 146 del 15 dicembre 2006.

ad approvazione regionale) è chiaro che il giudizio di ottemperanza sfocia nell'affermare la doverosità dell'azione conseguente (es. sottoscrizione della convenzione con il privato ricorrente). Se così è l'esito di tale giudizio consiste nel riespandere l'efficacia del provvedimento inizialmente non approvato, con la conseguenza che l'amministrazione è chiamata ad applicare l'art. 21-*quater* della legge 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 secondo il quale "i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo" (comma 1)¹¹⁵.

Problemi pratici possono sorgere quando l'emanazione dell'atto (ad es. decreto interministeriale) richieda dei concerti interministeriali (o intese con regioni ecc.). La difficoltà è aggirata nominando commissario *ad acta* il ministro competente (o l'organo di vertice della regione) questi, ancorché organo di governo (o esponente dell'autonomia dell'ente) in tal caso agisce, come ogni altro commissario *ad acta*, quale organo del giudice, da lui ripetendo la sua investitura in ordine al compimento dell'atto di cui trattasi¹¹⁶. E' chiaro che la nomina di un titolare di organo politico quale commissario *ad acta* non è esente da gravi criticità che impongono, come appresso si vedrà, un'ulteriore riflessione in ordine al regime giuridico delle attività conseguenti all'ordine di ottemperare.

Una delicata questione si ha quando l'ottemperanza comporti la soluzione di problemi tecnici; si può far fronte a questo caso o nominando un professionista o autorizzando il commissario *ad acta* a utilizzare tecnici del ramo ovvero ad avvalersi delle strutture tecniche dell'amministrazione. Si tratta di una forma di avvalimento, espressione di discrezionalità tecnica che non incide sulla natura delle attività di esecuzione del giudicato che mantengono la specifica natura giuridica.

Riguardo alle sopravvenienze, gli effetti ordinatori del giudicato amministrativo impongono di tener conto, in sede di rinnovazione di un atto annullato, dei motivi che hanno dato causa all'annullamento giudiziale e delle eventuali indicazioni contenute nella motivazione della sentenza, ma non possono certamente imporre all'amministrazione la rinnovazione di un provvedimento quando siano venute a cessare le ragioni di pubblico interesse che ne avevano determinato l'adozione, né l'emanazione di un provvedimento nuovo, qualora sia del tutto mutata la situazione in base alla quale l'atto originario era stato emanato¹¹⁷. L'amministrazione in sede di esecuzione di un giudicato deve tener conto

¹¹⁵ Cons. St., sez. V, 13 novembre 2007, n. 5810, in *Urb. app.*, n. 4, 2008, 482 ss., con commento di C. Altavista.

¹¹⁶ C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, cit., 6.

¹¹⁷ Cons. St., sez. V, 13 agosto 1996, n. 923, in *Cons. St.*, 1996.

quindi delle mutazioni sopravvenute di fatto e di diritto anteriori alla notifica del giudicato, mentre restano irrilevanti solo le sopravvenienze successive alla notifica. In tal caso spetta alla stessa amministrazione chiamata ad ottemperare, dimostrare al ricorrente, al giudice ed agli eventuali controinteressati, che esistono sopravvenienze tali da giustificare (a volte, da imporre) di non dar corso all'ordine emanato in sede di giudizio di ottemperanza. Si pensi, ad esempio, alle procedure comparative di trasferimento o promozione dei magistrati¹¹⁸, nel caso in cui una delle domande presentate sia andata a buon fine in un momento antecedente rispetto all'esito positivo di un giudizio di ottemperanza¹¹⁹.

4.7. L'inottemperanza giustificata e il risarcimento del danno

La pubblica amministrazione non può addurre ragioni di ordine pubblico o di opportunità amministrativa per sottrarsi a all'obbligo di ottemperare¹²⁰.

Tuttavia, vi sono casi in cui malgrado il giudice abbia adottato l'ordine di ottemperare darvi esecuzione è materialmente impossibile. Secondo l'insegnamento di Mario Nigro "la regola generale diventa inapplicabile quando (ma solo quando) per effetto di atti sopravvenuti e/o di nuove disposizioni di diritto si sia creata una situazione totalmente incompatibile con l'esecuzione della sentenza – l'efficacia del giudicato risulta condizionata dall'inesistenza di fatti sopravvenuti"¹²¹.

Così, vi possono essere diversi casi in cui non è possibile ottemperare. Ad esempio quando la presenza di dichiarazione di dissesto di un ente locale inibisce la soddisfazione del credito del privato con le risorse del bilancio ordinario¹²², od ancora quando – in materia di lavori pubblici – il giudizio di ottemperanza si conclude allorché l'opera è stata già realizzata dall'appaltatore vincitore della gara, ma controparte soccombente nel giudizio principale di annullamento dell'aggiudicazione; oppure nei casi di cosiddetta accessione invertita¹²³. In queste congiunture è evidente che spetta all'amministrazione l'onere di provare i fatti ostativi all'esecuzione¹²⁴.

¹¹⁸ Sull'ammissibilità in tali casi del ricorso per l'ottemperanza si è espressa più volte in senso positivo la giurisprudenza costituzionale. Cfr. per tutte, Corte cost., sentenze nn. 419 e 435 del 1995, in www.cortecostituzionale.it

¹¹⁹ Cfr. in proposito Consiglio superiore della magistratura, deliberazione del 23 maggio 2001, *Giudizio di ottemperanza. Limiti e modalità di esecuzione nella rinnovazione della procedura concorsuale*.

¹²⁰ V. Caianiello, *Esecuzione delle sentenza nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 618.

¹²¹ M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1170.

¹²² Cons. St., sez. V, 30 novembre 2001, n.1696, in www.giustizia-amministrativa.it

¹²³ Ora disciplinata dall'art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

¹²⁴ Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 2006, in www.massimario.ipsoa.it. In tali casi non scatta nemmeno la responsabilità amministrativa a carico dei vertici dell'amministrazione, in quanto l'omissione può assumersi i connotati dell'antigiuridicità e, conseguentemente, assurgere a condotta produttiva di danno erariale solo quando il comportamento doveroso era materialmente possibile. Cfr. Corte dei conti, sez. Sicilia, 12 ottobre 2007, n. 2706, in www.corteconti.it

In altri casi è la legge medesima che interviene a limitare le conseguenze negative per l'amministrazione, soprattutto per ragioni di carattere economico finanziario¹²⁵.

Non può invece costituire di per sé una grave ragione che impedisce l'ottemperanza, nel senso indicato dalla legge, l'esistenza di altre impugnazioni pendenti, poiché l'interesse dei soggetti che, ad altro titolo, ritengono di aver subito lesioni dall'atto annullato è tutelato dall'ordinamento giuridico attraverso lo strumento specifico dell'opposizione del terzo e, pertanto, la pendenza di altri giudizi non comporta la necessità di arrestare le operazioni per conformare l'attività amministrativa ai principi affermati dalla decisione passata in giudicato¹²⁶.

Chi rileva e valuta gli impedimenti che giustificano l'inottemperanza? Appare chiaro che spetti alla stessa amministrazione il diritto/dovere di esercitare tale compito, per cui il giudice potrà trovarsi di fronte all'impossibilità di dar corso all'ordine a causa di situazioni contingenti non previste né – a volte – da lui prevedibili. Questo è un ulteriore aspetto da considerare ai fini della qualificazione della relazione tra giudice dell'ottemperanza e amministrazione come relazione direttiva, in quanto lo "spazio amministrativo" dell'esecuzione non è mai completamente coperto ed occupato dallo "spazio giurisdizionale".

Tuttavia, la fase giurisdizionale può proseguire, nelle fattispecie ricordate, in riferimento al problema del danno ingiusto eventualmente prodotto a carico del ricorrente dall'inottemperanza e dell'eventuale risarcimento. La giurisprudenza dominante, riguardo alle decisioni passate in giudicato, ritiene che mediante il processo di ottemperanza possa essere data esecuzione ad una condanna al risarcimento del danno¹²⁷. La pretesa della concentrazione nel giudizio di ottemperanza della fase cognitoria e della fase esecutiva, infatti, è ammesso soltanto per quelle ipotesi di danno che si siano verificate successivamente alla formazione del giudicato e proprio a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia irretrattabile¹²⁸. Tuttavia, non può operarsi una traslazione in sede di ottemperanza di tutto il giudizio risarcitorio, indifferentemente per l'*an* e per il *quantum*, se così fosse – oltre a risultare violata la chiara disposizione dell'art. 35 commi 1 e 2 del d. lgs n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 –

¹²⁵ Ad esempio, l'art. 24 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (con disposizione reiterata dall'art. 23, comma 3, della legge finanziaria 28 dicembre 2001, n. 448) ha posto il divieto temporaneo dell'estensione del giudicato con effetti finanziari in favore del ricorrente nella materia del pubblico impiego a chi non è intervenuto in giudizio.

¹²⁶ Cons. St., sez. V, 13 novembre 2007, n. 5810, in *Urb. app.*, n. 4, 2008, 483

¹²⁷ Cons. St., sez. V, 5 maggio 2005, n. 2167, in www.giustizia-amministrativa.it

¹²⁸ Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080, in www.giustizia-amministrativa.it

verrebbe ad essere del tutto aggirata la verifica della fattispecie concreta di cui all'art. 2043 c.c. applicabile, *mutatis mutandis*, anche al danno ingiusto prodotto dalle pubbliche amministrazioni¹²⁹. Pertanto è il giudice della cognizione che ha la competenza funzionale in materia; non importa se ciò avvenga nell'ambito dello stesso giudizio annullatorio, ovvero in separata sede¹³⁰.

4.8. Le modalità di scelta del commissario ad acta

La figura del commissario *ad acta* trae origine dall'istituto del controllo amministrativo sostitutorio e, in tal senso, il ricorso alla sua nomina "è stato spesso concepito come un ripiego, al quale si è costretti, e si è frequentemente subordinato il suo intervento al persistere dell'inottemperanza dell'amministrazione entro il termine assegnatole dal giudice"¹³¹.

Il commissario *ad acta*, nominato in concomitanza o a seguito del giudizio di ottemperanza, è ritenuto – anche se con qualche incertezza¹³² – un ausiliario del giudice¹³³ o, se si vuole, una sorta di consulente giudiziario¹³⁴. Di conseguenza gli atti da lui adottati si imputano all'ufficio giudiziario nel suo complesso e quindi sono atti non amministrativi, ma latamente giurisdizionali¹³⁵ impugnabili quindi non in sede di sindacato ordinario di legittimità ma avanti lo stesso giudice dell'ottemperanza, il solo che può esercitare i poteri sostitutivi che gli consentono di analizzare in concreto l'attività svolta dal commissario¹³⁶. L'attività del commissario è qualitativamente diversa da quella istituzionalmente spettante all'amministrazione attiva nell'esercizio delle sue ordinarie attribuzioni¹³⁷. Ciò comporta che all'amministrazione è precluso di rimuovere in via di autotutela i provvedimenti commissariali¹³⁸.

Fin qui lo schema classico che ha caratterizzato per molto tempo le posizioni della giurisprudenza e della scienza giuridica. Va ricordato che tali assunti si fondavano

¹²⁹ Su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2004, n. 204, in www.costecostituzionale.it.

¹³⁰ Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2006, n. 3690, in www.giustizia-amministrativa.it

¹³¹ S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990, 561

¹³² V. Caianiello, *Esecuzione delle sentenza nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. d. dir.*, App., vol. III, Giuffrè, Milano, 1999, 623.

¹³³ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 416; cfr. inoltre S. Pelillo, *Il Giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano 1990.

¹³⁴ A. Sandulli, *La giustizia*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2004, 426

¹³⁵ Corte cost. 12 maggio 1977, n. 75; Cons. Stato, Ad. plen., 14 luglio 1978, n. 25.

¹³⁶ Cons. St., Sez. V, 27 marzo 1981, n. 97; più di recente, Cons. Stato, Sez. III, parere 3 aprile 2001, n. 1773/2000, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁷ P. De Leonardis, *L'ottemperanza nell'amministrazione: tra imparzialità e commissario ad acta*, Giappichelli, Torino, 1995.

¹³⁸ S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 13.

soprattutto sulla dimensione strutturale della figura del commissario, da inquadrare nell'ambito del giudizio di ottemperanza. In altri termini, esso veniva considerato uno strumento posto a disposizione del giudice per rendere concreta ed effettiva l'azione di tutela del cittadino, risultato vittorioso, nel processo principale, rispetto alle contrarie posizioni sostenute dalla pubblica amministrazione¹³⁹. Più di recente è stato messo in evidenza che il profilo del risultato funzionale è prevalente, in quanto il giudizio di ottemperanza si caratterizza per il conferimento al giudice di poteri di sostituzione, sconosciuti al giudice della legittimità, poteri finalizzati all'effettiva realizzazione, in via diretta o indiretta, di un assetto giuridico conforme al giudicato: attività giurisdizionali e attività amministrative, organi giurisdizionali e organi amministrativo, tutti finalizzati ad un'esecuzione giurisdizionale¹⁴⁰. E' facile così dimostrare che l'ottemperanza non copre l'intera area delle attività dell'amministrazione susseguente al giudicato, ma si limita all'attuazione delle statuizioni vincolanti ed emergenti dal giudicato medesimo. Di conseguenza "non è quindi che il commissario sia sempre organo del giudice o sempre organo dell'amministrazione, o organo di quello o di questa a seconda che compia questa o quell'attività. Esso è organo ausiliario del giudice quando si tratta di realizzare gli effetti ripristinatori postulati dalla sentenza che abbia accolto un ricorso contro un atto riduttivo ed è invece organo dell'amministrazione quando deve essere posto in essere un provvedimento che l'amministrazione ha ommesso o rifiutato di realizzare dopo l'accertamento dell'illegittimità del suo silenzio o del suo rifiuto"¹⁴¹.

Oggi, dunque, l'impostazione nel senso della pluriquificazione della natura giuridica del commissario è prevalente ed il dibattito vede affermarsi "l'indirizzo che opera una sorta di scomposizione dell'attività, distinguendo quella di stretta attuazione del comando vincolato del giudice da quella, ulteriore, di esercizio discrezionale di poteri amministrativi; in quest'ultimo ambito il commissario agisce come organo straordinario dell'amministrazione, sottoposto all'ordinario controllo del giudice in sede di

¹³⁹ E' stato sottolineato che dal dibattito in corso emerge la ricerca difficile nel giudizio di ottemperanza di un equilibrio rispettoso del rapporto istituzionale fra amministrazione e potere giurisdizionale, tale da assicurare la garanzia del diritto di azione del cittadino (ragion d'essere di ogni giudizio di esecuzione), senza però non compromettere l'esigenza di riservare all'amministrazione certi ordini di valutazione: l'intervento del commissario dovrebbe conciliare tutte queste esigenze. Così, A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4648.

¹⁴⁰ B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto-ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1997.

¹⁴¹ L. Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 1990, 253.

legittimità”¹⁴². Per cui in sede di tutela nei confronti delle attività commissariali occorre distinguere le diverse qualificazioni ai fini dell’individuazione del giudice competente¹⁴³

La ricostruzione della figura del commissario *ad acta* fin qui compiuta porta inevitabilmente ad aderire alla tesi secondo la quale “ove ci si ponga dal punto di vista degli effetti dell’attività posta in essere in sostituzione dell’amministrazione inadempiente, il commissario svolge una funzione sostanzialmente amministrativa¹⁴⁴.”

Ciò premesso, per completare la nostra analisi è indispensabile interrogarsi su come si sceglie il commissario e su quali siano i soggetti selezionati dal giudice. In effetti, al giudice compete non soltanto la decisione sull’opportunità di nominare un commissario, ma anche la scelta della persona fisica alla quale conferire tale incarico, la definizione dei limiti del mandato in coerenza con il giudicato amministrativo da eseguire con la eventuale specificazione puntuale degli adempimenti da porre in essere, il potere di controllo e direttiva sull’operato del commissario *ad acta*, il potere di revocarne la nomina e di sostituirlo¹⁴⁵.

Nella prassi la nomina del commissario viene talora demandata alla stessa amministrazione; sono peraltro diffuse anche ipotesi di nomina “con delega”, nelle quali cioè il giudice nomina quale commissario un determinato organo dell’amministrazione con facoltà di delegare ad altro soggetto le attività inerenti all’attuazione del giudicato. In questa seconda evenienza il delegante rimane ad ogni effetto investito delle responsabilità derivanti dall’attività commissariali.

La scelta della persona del commissario non è legata a vincoli precisi¹⁴⁶, anche se si è ritenuto essere quasi obbligata la scelta di personale proveniente dai ranghi della stessa amministrazione inadempiente quando si richiedano apprezzamenti e giudizi e operazioni di ordine tecnico, e soprattutto l’effettuazione di adempimenti di carattere materiale¹⁴⁷. Ma è proprio su quest’ultimo punto che occorre porre maggiore attenzione. Infatti, nella quotidiana attività giurisdizionale capita che il giudice dell’ottemperanza nomini quale commissario *ad acta* il vertice politico ovvero il vertice amministrativo, senza considerare bene le implicazioni che tale scelta comporta¹⁴⁸. Così esistono casi in cui è nominato il

¹⁴² S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 13.

¹⁴³ Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2002, n. 2006, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2002, 927; Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2007, n. 3602, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. in proposito, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2005, 329.

¹⁴⁴ M. Clarich, *L’esecuzione*, cit., 326.

¹⁴⁵ M. Clarich, *L’effettività della tutela nell’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 544.

¹⁴⁶ S. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 12.

¹⁴⁷ L. Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, cit., 228

¹⁴⁸ Un interessante esempio della irrilevanza per il giudice dell’ottemperanza dell’elemento organizzativo interno è dato dalla decisione del Consiglio di Stato 11 marzo 2008, n. 1050, in [32](http://www.giustizia-</p></div><div data-bbox=)

Presidente della giunta regionale, “con facoltà di delega ad un funzionario regionale con qualifica dirigenziale”¹⁴⁹, casi in cui si nomina il ministro o, in sede locale, il sindaco. Ha fatto molto discutere, ad esempio, la nomina quale commissario *ad acta* del Vice presidente del Consiglio superiore della magistratura in occasione di giudizi di ottemperanza promossi per dare esecuzione a decisioni favorevoli ai magistrati ricorrenti. In proposito la Corte di Cassazione ha ritenuto legittima tale nomina “poiché il giudizio di ottemperanza costituisce il proseguimento e il completamento del processo concluso con la sentenza da eseguire, nessuna interferenza è ravvisabile tra le funzioni istituzionali del Vice Presidente e quelle del commissario *ad acta* i cui provvedimenti sono ordinati dal giudice amministrativo e di contenuto predeterminato”¹⁵⁰.

Qual è la qualificazione giuridica del commissario *ad acta* scelto indicando il vertice politico dell’amministrazione chiamata ed eseguire l’ordine del giudice? Quali sono gli effetti della eventuale delega per lo svolgimento delle conseguenti attività materiali che questi adotta in favore di funzionari della stessa amministrazione? Rispondere a queste domande non è semplice, tanto più che nelle sentenze esaminate non si fa riferimento al nome e cognome del titolare dell’organo, ma proprio alla carica ricoperta. Sembra pertanto che i giudici dell’ottemperanza vogliano a volte investire non tanto il soggetto, persona fisica, ancorché incardinata *ratione officii* nell’amministrazione, quanto piuttosto il vertice dell’amministrazione, quale responsabile ultimo delle attività. La conseguenza immediata di tale scelta dell’organo politico porta facilmente a ritenere che il giudice sia indotto ad “utilizzare”, oltre ai propri poteri che gli attribuisce la titolarità della competenza giurisdizionale e che gli consentirebbero di indirizzare direttamente al funzionario o dirigente abilitato alla gestione l’ordine di ottemperare, non solo un potere latamente discrezionale, ma anche un potere che discrezionale in parte non è più. In effetti, la ricordate infungibilità della competenza politico amministrativa in ordine alla definizione degli atti di indirizzo con la competenza dirigenziale alla gestione, comporta l’inevitabile doppia valenza di un ordine di ottemperare rivolto all’organo del vertice politico al quale si attribuisce contestualmente la facoltà di delega ad un funzionario. Il giudice sembra assumere così la veste di amministratore non solo perché, come si è fin qui visto, partecipa

[amministrativa.it](http://www.leggiditalia.it). Qui si ordina al Coni di provvedere alla completa esecuzione di un giudicato nel termine perentorio di sessanta giorni, decorsi i quali si nomina quale commissario *ad acta* il Capo del Dipartimento delle politiche giovanili della Presidenza del Consiglio dei ministri perché provveda entro l’ulteriore termine di sessanta giorni. C’è però un particolare trascurato dal giudice: quel dipartimento è configurato come “struttura di missione” con una durata fino al 30 aprile 2008 eventualmente prorogabile per decisione governativa; quindi, si tratta di una struttura di stabilità incerta.

¹⁴⁹ Cons. Stato, Ad. pl., 20 giugno 2005, n. 5, *cit.*

¹⁵⁰ Cass., sez. un., 24 febbraio 1997, n. 1671, in www.leggiditalia.it

al divenire delle attività amministrative di gestione, ma anche perché tende ad esercitare parte del potere di indirizzo politico amministrativo, ormai indispensabile per guidare al meglio l'azione delle pubbliche amministrazioni.

5. La funzione direttiva delle ottemperanze anomale.

Per completare il discorso fin qui condotto, occorre infine esaminare il tema delle cosiddette ottemperanze anomale, introdotte dalle recenti riforme del processo amministrativo e della disciplina del procedimento.

Il primo caso da ricordare è l'ipotesi di risarcimento del danno da valutare in sede di giurisdizione esclusiva¹⁵¹. Ora, sia la scienza giuridica¹⁵² sia la giurisprudenza si sono chieste quale debba essere il significato da attribuire a tale statuizione. Il Consiglio di Stato si è soffermato in particolare sulle differenze tra la ricordata nuova procedura ed il giudizio di esecuzione civile. Tra i due sistemi vi sono alcune divergenze, anche rilevanti, consistenti nella possibilità che il giudice amministrativo, in sede di cognizione (una volta che abbia accertato la sussistenza dell'*an debeatur*), anziché liquidare precisamente il *quantum* del risarcimento dovuto dall'amministrazione si limiti a stabilire i criteri sulla cui base dovrà poi essere liquidato il danno risarcibile; ovvero a disporre anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Siffatte divergenze rispetto al giudizio civile si spiegano con le differenze che concretamente esistono tra il danno che si produce tra privati, e quello, parimenti "ingiusto" che può essere prodotto dalla pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività amministrativa. Invero – ad avviso del Consiglio di Stato - pare corretta quella tesi secondo cui la sopra riportata disposizione normativa introduce una forma di ottemperanza (ribattezzata "anomala"), per il caso di mancato raggiungimento dell'accordo, finalizzata a riempire la condanna pronunciata dal giudice amministrativo e limitata ai soli criteri. Si tratta, dunque, di un agile strumento processuale diretto ad integrare il precetto contenuto nella prima decisione, con

¹⁵¹ Si tratta della disposizione di cui all'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Qui si dispone che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Egli può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore di pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'art. 27, primo comma, numero 4) del t.u. approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (giudizio di ottemperanza) può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.

¹⁵² A. Travi, *Commento all'art. 35*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, a cura di A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, in *Nuove leggi civili commentate*, 1999.

la quantificazione del danno, che era stata rimessa in prima battuta all'accordo delle parti¹⁵³.

E' evidente - anche in questo caso - come l'attività del giudice adito con procedura di ottemperanza sostituisca l'attività dell'amministrazione che non è riuscita ad ottenere l'esito sperato, cioè a concludere l'accordo con il privato. Ma la sua attività sembra fermarsi qui e non andare oltre, per cui l'effetto che pure in questa fattispecie si produce è di ordinare comunque all'amministrazione di liquidare il *quantum* determinato dal giudice. Si tratta dunque di capire se i parametri che il giudice di questo particolare tipo di ottemperanza può utilizzare siano solo quelli legati ai criteri fissati nella pronuncia principale oppure egli possa introdurre ulteriori elementi tipici dell'attività amministrativa, quali ad esempio, i vincoli di tipo finanziario che gravano sull'amministrazione. Appare chiaro che la quantificazione effettuata in sede di ottemperanza non possa prescindere da valutazioni interpretative degli stessi parametri fissati nella sentenza principale, anche se il giudice dell'ottemperanza non può spingersi fino a verificare se esistono le condizioni materiali per l'adempimento, compito questo di specifica spettanza dell'amministrazione, così come non può disporre in ordine alle procedure contabili di liquidazione e pagamento. Così, il giudicato dell'ottemperanza anomala assume una funzione di direttiva, nel senso che fissato il *quantum*, i modi e le forme di soddisfazione della pretesa è un compito che spetta comunque all'amministrazione. In sostanza, la decisione del giudice equivale ad un "atto di indirizzo vincolante"¹⁵⁴ che crea un effetto appunto di vincolo nell'azione del soggetto destinatario.

L'altra fattispecie da esaminare riguarda la nuova disciplina del silenzio dell'amministrazione¹⁵⁵. Anche in questo caso siamo in presenza di un'ottemperanza anomala, dove la specialità risiede nella circostanza che si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza, e, soprattutto si ammette l'intervento del commissario nell'ambito del medesimo processo, senza più bisogno di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una

¹⁵³ Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2004, n. 126, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2004, 619 ss. con nota di M. Macchia, *Il rito della c.d. ottemperanza anomala*.

¹⁵⁴ Per questa accezione, si veda, S. D'Albergo, *Direttiva, ad vocem*, in Enc. del dir., vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964.

¹⁵⁵ Ci si riferisce all'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che disciplina il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione. Qui si dispone che in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice, su richiesta di parte, nomina un commissario. Questi, all'atto dell'insediamento, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data di insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice.

semplice istanza al giudice che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio. Ma la specialità di questa forma di ottemperanza deriva anche dal fatto che tale commissario *ad acta* può assumere un ruolo nuovo, del tutto inedito, in quanto la sua attività può non essere volta al completamento ed all'attuazione del *dictum* giudiziale recante direttive conformative all'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. Ed infatti il giudice amministrativo, chiamato a giudicare sul ricorso contro il silenzio rifiuto della pubblica amministrazione, può limitarsi a dichiarare l'esistenza dell'obbligo di provvedere, senza svolgere però alcuna valutazione in ordine alla fondatezza della pretesa sostanziale dell'istante. Si ha qui allora un commissario che assomiglia più ad un organo dell'amministrazione che ad un ausiliare del giudice¹⁵⁶. Tant'è che il commissario non necessariamente provvederà in senso conforme all'istanza del soggetto, qualora l'istanza medesima non sia fondata, o lo sia solo parzialmente¹⁵⁷, ma deciderà appunto cercando il giusto bilanciamento ed equilibrio tra l'interesse privato e l'interesse pubblico.

Se questa ricostruzione giuridica è corretta, allora anche nel caso di ottemperanza anomala per l'inadempimento il giudice esercita nei confronti dell'amministrazione una funzione direttiva; ciò in quanto con la decisione giurisdizionale sono poste le premesse decisionali, sono assunte le decisioni strategiche primarie, affinché la gestione amministrativa si svolga secondo un quadro coerente di riferimento che ne determina l'azione.

6. Le responsabilità.

Si è detto, finora, che il giudizio di ottemperanza costituisce una modalità elastica di esecuzione delle sentenze dei giudici ordinari, amministrativi e speciali, che si inserisce nel divenire dell'agire amministrativo in funzione del raggiungimento del risultato. Tale concezione dell'esecuzione delle pronunce nei confronti delle pubbliche amministrazioni è sottesa alla configurazione del regime delle responsabilità, ossia degli eventuali comportamenti illeciti e delle relative sanzioni. In sostanza, “viene così a profilarsi, secondo una tesi non pacifica in dottrina, ma seguita o meglio postulata in giurisprudenza

¹⁵⁶ Cons. St., sez. V, 4 maggio 2007, n. 3602, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁵⁷ A. Iannotta, *Rassegna di giurisprudenza sul giudizio di ottemperanza e giudizio da pretesa al risarcimento*, in *Foro amm.*, Tar, 2006, 2282. La disciplina ricordata è confermata dall'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 sostituito dall'art. 3, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80. Qui si dispone che, qualora l'amministrazione non abbia concluso il procedimento nei termini ivi indicati, il giudice amministrativo eventualmente adito ai sensi dell'art. 21 bis può conoscere sulla fondatezza dell'istanza.

in alcune applicazioni concrete l'inadempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo nascente dal giudicato amministrativo come vera e propria violazione del diritto soggettivo all'osservanza di tale giudicato"¹⁵⁸ e ciò vale, a maggior ragione, nel giudizio di ottemperanza.

In proposito, l'amministrazione italiana è ancorata alla specifica disciplina già prevista nel testo unico sugli impiegati dello Stato del 1957; qui l'articolo 26 contiene una disposizione secondo la quale qualora il danno del terzo derivi dalla mancata esecuzione del giudicato formatosi contro l'amministrazione, l'azione di risarcimento può essere iniziata soltanto dopo che siano trascorsi sessanta giorni dalla notificazione, con diffida a provvedere, della decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale che, ai sensi dell'art. 27, n. 4, del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054, dichiara l'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato, salvo il diritto alla riparazione dei danni che si siano verificati. Questa disposizione configura il ritardo di esecuzione dell'ordine del giudice dell'ottemperanza come danno ingiusto risarcibile provocato al ricorrente e ne disciplina la procedura per farlo valere nei confronti del funzionario e dell'amministrazione¹⁵⁹. E' evidente che dopo l'introduzione della distinzione tra politica e amministrazione spetta ai funzionari di livello dirigenziale l'attività di gestione e di adozione di atti e provvedimenti amministrativi con l'assunzione delle relative responsabilità. Queste scattano anche per omissione o ritardo nell'adozione di atti conseguenti all'ordine di ottemperare¹⁶⁰. Così, la giurisprudenza contabile è ferma nel ritenere che la distinzione delle sfere di competenza politica dalle sfere di competenza dirigenziale, comporta che la responsabilità contabile dei vertici politici si possa delineare nei casi in cui l'evento dannoso sia riconducibile: a) atti rientranti nella propria specifica competenza; b) ad illegittime interferenze in atti di gestione propri degli organi burocratici; c) a gravi omissioni inerenti l'attività di sorveglianza sul funzionamento degli uffici e dei servizi dell'ente¹⁶¹. Nel caso in cui l'atto o l'omissione causativa del danno rientri nella stretta competenza di un organo burocratico, si deve ritenere che la responsabilità dell'organo politico possa configurarsi soltanto qualora le sue funzioni interferiscano nell'ambito proprio della burocrazia e denotino il mancato esercizio di quella funzione di sovrintendenza al buon funzionamento dell'amministrazione. In ogni caso deve ritenersi

¹⁵⁸ M.E. Schinaia, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, cit., 10.

¹⁵⁹ Il meccanismo della fissazione del termine per ottemperare con la contestuale nomina del commissario *ad acta*, rende improbabile l'applicazione in queste fattispecie del reato di cui all'art. 328 c.p. *Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*.

¹⁶⁰ Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2007, n. 1430, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁶¹ Corte dei conti, sez. Calabria, 29 gennaio 2007, n. 44, in www.corteconti.it

che la violazione del dovere di vigilanza vada specificamente provata e debba essere connotata, oltre che da una incidenza causale o concausale rilevante nella determinazione del danno, anche da una componente soggettiva che denoti la sussistenza della colpa grave, intendendosi per tale, quella evidente e mancata trasgressione degli obblighi di servizio e delle regole di condotta che siano ex ante riconoscibili per dovere professionale d'ufficio e si concretizzino nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto, ovvero in una grossolana imperizia o una irrazionale imprudenza¹⁶².

Va inoltre ricordato che le premesse per una giustizia sostanziale sono poste da un'amministrazione che sia determinata a garantire l'imparzialità con la responsabilità (art. 28 cost.)¹⁶³, per cui si pone il problema se lo stesso commissario *ad acta* possa essere ritenuto responsabile di illecito civilistico o amministrativo. In proposito, la giurisprudenza della Corte di cassazione, partendo dalla natura giuridica mista delle attività del commissario, ha ritenuto che quando questi agisce in vece dell'amministrazione inadempiente, si inserisce – ancorché in via provvisoria – nell'organizzazione amministrativa, ed instaura con quest'ultima un rapporto di servizio, sebbene limitato allo svolgimento delle attività delegatigli; ne consegue che egli può essere civilmente responsabile in proprio dell'attività svolta, e la sua attività può essere fonte di responsabilità patrimoniale per la pubblica amministrazione, in virtù del rapporto di immedesimazione organica, in quanto diretta al conseguimento dei fini istituzionali di essa nell'ambito dei compiti che gli sono affidati¹⁶⁴.

7. Verso un nuovo “giudice amministratore”?

Giunti a questo punto, ripercorrendo i tratti salienti dell'analisi svolta, è possibile tentare di rispondere alle domande poste all'inizio riguardo agli effetti dell'ordine di ottemperare sulle attività amministrative svolte in adempimento o in esecuzione del comando espresso dal giudice, alla relativa qualificazione giuridica, al rapporto tra giurisdizione e amministrazione dopo le recenti riforme sul procedimento e sul processo amministrativo.

Il discorso può prendere le mosse ricordando innanzi tutto che la disciplina del giudizio di ottemperanza nasce più di un secolo fa e, ancora oggi, trova fondamento in norme antiche, pensate in realtà storiche e contesti molto diversi rispetto a quello attuale. Di qui l'inevitabile interpretazione evolutiva operata dalla giurisprudenza e dalla scienza

¹⁶² Corte dei conti, s.r., 10 giugno 1997, n. 56/A, in www.corteconti.it

¹⁶³ F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, cit., 611.

¹⁶⁴ Cass. Civ., sez. III, 18 giugno 2003, n. 9709, in www.leggiditalia.it

giuridica, recentemente assecondata anche dalla legislazione. Quelle antiche discipline hanno accompagnato la crescita e la trasformazione dell'amministrazione pubblica che ha visto, negli anni, prima l'espansione dei compiti di intervento diretto, poi l'introduzione di forme di controllo dell'economia attraverso attività regolative e di vigilanza, infine, la configurazione delle organizzazioni compiute con la tendenziale distinzione tra attività di indirizzo e controllo attribuite agli organi di vertice e attività di gestione, affidate alla dirigenza. Tale percorso evolutivo è avvenuto in un "periodo storico nel quale la società civile ha raggiunto una maggiore consapevolezza dei propri diritti e appare meno disposta a tollerare inadempienze, ritardi e comportamenti non corretti da parte della pubblica amministrazione"¹⁶⁵, per cui appaiono chiari i motivi di fondo posti alla base delle innovative forme di ottemperanza da ultimo introdotte, volte a garantire sempre di più l'effettività e la rapidità delle tutele.

In altre parole, va sottolineato come le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa – con la conseguente diversificazione delle forme e delle modalità di esercizio dei pubblici poteri e di erogazione dei servizi – abbiano comportato un percorso di adattamento del giudizio di ottemperanza, che ha visto, nel tempo, allargare il proprio campo di applicazione. Così, le mutate esigenze di tutela sostanziale dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, trovano oggi risposte nuove rappresentate dai ricordati strumenti processuali recentemente introdotti, tenuti insieme dalla medesima funzione istituzionale volta a garantire – ora come in passato – l'effettività.

In tale scenario, il giudizio di ottemperanza viene ad essere configurato come un vero e proprio elemento dinamico dell'agire amministrativo volto a consentire il raggiungimento del risultato, in quanto si estende e può accompagnare tutti i momenti delle attività procedurali sottoposte al vaglio concomitante o successivo del giudice. Superato infatti lo stretto ancoraggio alle sentenze passate in giudicato - che costituiva in passato il presupposto principe per avviare l'azione esecutiva - con l'estensione della possibilità di esperire tale rimedio processuale per dare esecuzione alle sentenze di primo grado non sospese ed alle decisioni adottate in via cautelare, nonché alle sentenze di rito, l'attività giurisdizionale procede in parallelo all'azione amministrativa e ne interseca alcuni momenti significativi. Detto in altri termini, tra amministrazione e giurisdizione vengono a crearsi continui "punti di congiunzione" indispensabili a porre le condizioni per l'esercizio e il riesercizio del potere amministrativo, per cui appare difficile aderire ad una visione strettamente logica di separazione tra giudice dell'ottemperanza e amministrazione. Questo

¹⁶⁵ M. Clarich, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 525.

dato è confermato anche dalla introduzione nell'ordinamento delle cosiddette ottemperanze anomale, attraverso le quali si pongono le premesse decisionali, si configurano le decisioni strategiche primarie, affinché l'azione amministrativa non solo si svolga in concreto, ma venga esercitata secondo un quadro coerente di riferimento che ne determina l'azione. Questo andamento dialogico consente all'amministrazione di predisporre misure organizzative idonee affinché si possa – di volta in volta – ottemperare direttamente, senza attendere la conclusione del giudizio oppure l'entrata in campo del commissario *ad acta*: vengono adottati regolamenti di autotutela, sono emanate circolari, vengono assunti indirizzi e direttive con lo scopo di anticipare gli effetti negativi dell'eventuale condanna. Pertanto, prima ancora che intervenga il commissario è possibile che le pretese del ricorrente vengano completamente soddisfatte, secondo i parametri fissati nella sentenza ottemperanda così come esplicitati nell'ordine di ottemperare. L'effetto che così si produce sull'amministrazione retroagisce anche sui compiti del giudice, il quale tende ad assumere sempre di più forme decisionali elastiche, in grado di rispondere al meglio alle esigenze che la particolare situazione oggetto di esame richiede. Tali forme decisionali derivano tradizionalmente dalla cognizione estesa al merito, ma vanno sempre più spesso ad inserirsi in contesti organizzativi e procedimentali predefiniti, dove l'elemento condizionante gli esiti positivi del giudizio risiedono nelle regole che la stessa amministrazione autonomamente si è data. Così, la scelta sulle modalità di esecuzione operata nel giudizio non può fare a meno di valutare l'assetto organizzativo di riferimento, il che si riverbera anche sulla funzione di vigilanza e controllo sull'esecuzione del comando esercitata dal giudice in ragione, non più repressiva, ma soprattutto collaborativa, che arriva quasi ad assumere, in alcuni casi, la veste di consulente dell'amministrazione (o di altri soggetti, anche privati) quando questa ha adottato in via preventiva gli atti generali idonei a garantire l'esatto adempimento dell'ordine di ottemperare. In questo senso il rapporto tra giurisdizione e amministrazione può essere ancorato alla teoria dell'autovincolo – della prassi amministrativa anticipata¹⁶⁶ – che obbliga l'autorità procedente ad attenersi a quanto indicato dagli atti direttivi (es. circolari) che indicano le azioni da compiere in relazione agli esiti del processo esecutivo.

Va inoltre ricordato che spesso l'ordine di ottemperare individua il commissario *ad acta* nell'organo politico (che entra in scena allo scadere del termine assegnato all'amministrazione, senza che sia stato dato corso all'esecuzione), con facoltà di delega interna ad un funzionario. Tale scelta lascia intravedere l'esercizio, da parte del giudice,

¹⁶⁶ Cfr. in proposito, F. Merusi, M. Clarich, *Direttiva*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 6.

non solo dei poteri propri che gli attribuisce la titolarità della competenza giurisdizionale in ordine all'esecuzione del giudicato, ma anche parte del potere di indirizzo politico amministrativo, in quanto così disponendo egli struttura un rapporto trilaterale di cui governa sia gli aspetti strategici (dell'organo politico delegante) sia gli aspetti operativi (del funzionario delegato). E' evidente, allora, che la "relazione" tra giudice dell'ottemperanza e amministrazione è governata da una sorta di pendolo che si muove nell'ambito della discrezionalità. Il potere amministrativo, anche in funzione di legittimazione, rimane ancorato saldamente in capo all'amministrazione, nella duplice versione dell'indirizzo-vigilanza e della gestione; parte dell'esercizio del potere può invece spostarsi in capo ad altri soggetti, siano essi il giudice o suoi ausiliari (commissario *ad acta*), che possono di volta in volta propendere verso attività di indirizzo (si ricordi il caso della deliberazione consigliare per i debiti fuori bilancio) o attività di tipo esecutivo. Pertanto, nell'ottemperanza, non è la titolarità del potere che si trasferisce dall'amministrazione al giudice, ma il suo esercizio che assume gradi e forme diverse a seconda delle fattispecie considerate; inoltre, l'esercizio del potere non arriva mai ad annullarsi completamente in favore o a discapito dell'uno o dell'altro soggetto, per cui il giudice svolge comunque compiti – piccoli o grandi – che sono e rimangono dell'amministrazione.

In conclusione, l'analisi svolta porta a ritenere che tra giudice dell'ottemperanza e amministrazione venga a crearsi una relazione direttiva, che – in concreto – tende ad assumere i caratteri di un tipico "rapporto di direzione" intersoggettiva¹⁶⁷ non molto diverso dal punto di vista sostanziale da quello che intercorre normalmente tra organi di vertice e organi burocratici. In effetti, le prescrizioni del giudice, pur essendo vincolanti in quanto espressione di una attribuzione ordinatoria, non privano l'amministrazione di ulteriori spazi di decisione gestionale. Tali spazi decisionali sono sottoposti anch'essi al controllo ed alla sorveglianza del medesimo giudice dell'ottemperanza che assume quale parametro per verificare il raggiungimento del risultato proprio i contenuti e le linee guida contenuti nell'ordine impartito.

Appare evidente allora che il giudice dell'ottemperanza – soprattutto dopo le recenti riforme del processo amministrativo e del procedimento – tenda a tornare alle antiche origini, assumendo sempre di più la veste di amministratore.

¹⁶⁷ Il contenuto del rapporto di direzione e della direttiva amministrativa precettiva che ne è espressione risulta identificabile in una linea di guida consistente nell'indicazione di fini da perseguire e/o di mezzi da impiegare per il loro conseguimento. Si veda in proposito, G. Sciullo, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, 98 ss., nonché S. d'Albergo, *Direttiva, cit.*, 607.