amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerazioni sul giudizio di ottemperanza

di Nicola Di Modugno

(Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso l'Università del Sannio – Benevento)

Sommario

1. Il giudizio di ottemperanza quale motore di sviluppo del processo amministrativo. – 2. L'ottemperanza di chiarimenti. – 3. L'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato. – 4. La conversione dell'azione di nullità in ricorso di annullamento. – 5. Il Commissario *ad acta:* l'esigenza di terzietà del sostituto del giudice; conclusioni.

Abstract

The introduction in the administrative process, according to case law, of the enforcement proceedings gave rise to an evolution of the whole system that is still ongoing. Legislatively, the 2010 Code incorporated, among other innovations, in particular two cognitive actions that have arisen in the practice of the enforcement proceedings: the compliance of clarification, and the action for nullity of the administrative deed, issued in violation and/or circumvention of the res judicata. Article 32, paragraph 2, of the Code of Civil Procedure also stipulated that if the conditions are met, the judge can always order the conversion of actions. Conversion is the only remedy in difficult cases in which the qualification of the deed conflicting with the res judicata as nullity or voidability is uncertain. Finally, with regard to the commissario *ad acta*, the problem of his impartiality is still unresolved, given the long-lasting practice of assigning that position to the managers of the same administrations concerned.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il giudizio di ottemperanza quale motore di sviluppo del processo amministrativo. Una dottrina molto autorevole[1], soffermandosi sull'estensione, allora soltanto di matrice giurisprudenziale, alla sentenza amministrativa, del giudizio di ottemperanza[2], originariamente previsto per le sole sentenze del giudice ordinario[3] relative ai diritti soggettivi (art. 4, L. n. 2248 All. E del 1865 e art. 27, n. 4, TUCS del 1924), osservò che in tal modo si posero le basi di una profonda evoluzione del processo amministrativo modificando la sentenza ordinativa in sentenza di condanna sulla base dell'utilizzazione dei principi dinamici latenti nello stesso ordinamento, che costituisce il connotato tipico dell'interpretazione[4] in chiave pretoria[5] tradizionalmente

[1] Il riferimento è al saggio di M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato* (1954), ora in NIGRO, *Scritti giuridici,* Tomo I, Milano, 1996, pp. 139-240, che significativamente, scriveva: «*Si può dire che in tal modo .... si trasforma radicalmente il sistema giurisdizionale amministrativo modificando la sentenza ordinativa in sentenza di condanna*». Osservava ancora, lucidamente, il Maestro: «*È però facile rispondere che non di trasformazione si tratta ma di sviluppo secondo la linea evolutiva insita nella stessa pronunzia amministrativa: proprio in questa utilizzazione dei principi dinamici latenti nello stesso ordinamento sta il compito e il limite dell'interpretazione analogica*»-

[2] Sul tema, cfr. F. SAITTA, *L'attuazione dei provvedimenti del giudice amministrativo: l'azione di ottemperanza tra codice e giurisprudenza,* in *Diritto e processo amministrativo,* Fascicolo 3/2024, p. 547 e ss.

[3] Sull'originario impianto del giudizio di ottemperanza introdotto nel 1889 per l'esecuzione delle sole sentenze rese dal giudice ordinario nei confronti della PA è tuttora fondamentale il saggio di F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrazione,* Torino, 1905.

[4] Sul tema, A. TRAVI, *L'interpretazione della norma amministrativa,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, che conclude, significativamente, affermando che «*Fedeltà alla norma non significa solo fedeltà a un testo. Quando la Quarta sezione ammise il ricorso contro il silenzio-rigetto certamente non si basò sul testo di una disposizione positiva: la legge Crispi contemplava solo la domanda di annullamento di un provvedimento. Tuttavia la Quarta Sezione applicò ugualmente la legge Crispi, che intendeva assicurare una tutela contenziosa contro l'amministrazione che fosse in una posizione di potere. Di conseguenza in questa giurisprudenza è riscontrabile non l'aderenza a una disposizione, ma comunque la comprensione ed un'aderenza piena alla legge*». E' chiaro che tale conclusione, formulata con riferimento alla giurisprudenza pretoria, che ammise il ricorso avverso il silenzio rigetto del ricorso gerarchico, è da ritenersi pienamente valida anche con riguardo all'estensione giurisprudenziale dell'ammissibilità del ricorso di ottemperanza all'attuazione delle sentenze amministrative.

[5] Sulla giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato sono tuttora fondamentali, malgrado sia trascorso oltre un secolo, le splendide pagine di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), Ristampa con note di aggiornamento (Ed. Miele), Padova, 1960, pp. 152-153, in cui significativamente si legge: «*La consuetudine interpretativa è assai frequente, data la scarsa chiarezza delle norme giuridiche amministrative. Essa è sussidiata dalla giurisprudenza. In vista di essa si deve tener ferma un'interpretazione costantemente seguita, anche se non ha sicura base nella legge. Così i limiti dell'autorità giudiziaria di fronte all'amministrativo, il modo di intendere gli atti amministrativi, la possibilità di condanna nei danni (interpretazione dell'art. 4 della legge sul cont. amm. 20 marzo 1865) si fondano piuttosto su una consuetudine interpretativa, che sopra il testo o la ragione della legge che sono tutt'altro che chiari.*

La nozione di eccesso di potere menzionato come vizio degli atti amministrativi nell'art. 22 della Legge sul Cons. di Stato è di per sé poco chiara, risulta ormai da una consuetudine interpretativa sussidiata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato». Prosegue F. CAMMEO, *Corso,* cit. pp. 165-166, osservando che: «*La giurisprudenza è costituita da principi che emergono da decisioni uniformi di autorità giurisdizionali in casi uguali. Si ha così, secondo i giudici, una giurisprudenza giudiziaria, amministrativa, ecc.. Analoga alla giurisprudenza e specifica del diritto amministrativo è la prassi: cioè i principi risultanti dalla condotta degli organi amministrativi, specie di quelli di controllo (decisioni di ricorsi amministrativi non contenziosi, pareri del Consiglio di Stato che le accompagnano, ecc.). Né la giurisprudenza, né la prassi sono fonti di diritto. Di regola esse sono interpretazioni di norme giuridiche preesistenti, ma anche quando non lo sono come nei casi di rapporti nuovi, cui la giurisprudenza o la prassi applicano l'analogia o l'equità, in ogni modo le regole così affermate non valgono giuridicamente, se non per il caso o i casi decisi, non in generale. Perciò non hanno quel carattere di generalità che è proprio delle norme giuridiche.*

ISSN 2036-7821

svolta dal Consiglio di Stato[6]. Basta tenere presente la vigente disciplina codicistica delle azioni[7] proponibili nel processo amministrativo (v., soprattutto, l'art. 34 c.p.a.) per vedere la forza anticipatrice di tale insegnamento. Si può, anzi, considerare tale intuizione come una geniale anticipazione della successiva evoluzione del processo amministrativo. Se, infatti, non vi è stato il superamento del processo impugnatorio che tuttora sussiste (art. 29, c.p.a.), attesa la perdurante centralità dell'azione di annullamento nel nostro sistema, è innegabile, però, che la stessa sentenza di cognizione ha assunto degli indiscutibili profili di condanna[8]. Tali profili di condanna

Però il ripetersi di decisioni conformi può esser fonti di consuetudine interpretativa o, in base all'analogia o all'equità, introduttiva». E' altamente significativo che NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunale amministrativi,* ora in *M. NIGRO, La riforma del processo amministrativo,* Milano, 1980, pp.100-101, nell'esaminare la giurisprudenza pretoria che aveva esteso il giudizio di ottemperanza alle sentenze amministrative riconobbe ad essa «*...il valore di posizione di una vera e propria norma consuetudinaria...*».

[6] Osserva autorevolmente M. CLARICH, *I materiali della legge nel giudizio amministrativo,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2022*: «In realtà, a ben considerare, nel diritto amministrativo prima di porre la questione dei materiali della legge paradossalmente si potrebbe quasi capovolgere la prospettiva e parlare dei materiali della giurisprudenza nella produzione delle leggi.*

Vi sono, infatti, numerosi esempi di leggi amministrative emanate recependo principi emersi via via nella giurisprudenza, in particolare del Consiglio di Stato che ha avuto fin dall'istituzione della IV Sezione nel 1889 un ruolo fondamentale nel plasmare il regime giuridico dell'atto e del procedimento amministrativo e dello stesso processo.

Da ultimo, anche la legge di delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici (legge 21 giugno 2022, n. 78) prevede come criterio generale quello di adeguare la riforma, oltre che al diritto europeo, ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 1, comma 1).

Si possono richiamare esempi ancor più rilevanti come il Codice del processo amministrativo, per il quale la legge di delega (legge 18 giugno 2009, n. 69) ha posto il principio di "adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori" (art. 44). Anche la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che è una legge di principi, ha in gran parte legificato e razionalizzato il lavoro della giurisprudenza su vari istituti fondamentali, come, per esempio, l'obbligo di motivazione, la revoca e l'annullamento d'ufficio.

In definitiva, veniamo da una tradizione nella quale, almeno per quanto riguarda il diritto amministrativo generale, spesso il legislatore è andato al seguito della giurisprudenza, avallando quella che, come si accennerà qui di seguito, è stata definita come "normazione giurisprudenziale", piuttosto che viceversa... Conviene svolgere qualche ulteriore considerazione sul ruolo del giudice amministrativo, più che come interprete e "bocca della legge", come creatore di norme che talora, come già chiarito, ricevono poi un riconoscimento formale ex post da parte del legislatore.

Il problema è più in generale quello del rapporto giudice amministrativo-legge, cioè dei parametri normativi e dei principi generali come base delle decisioni che in molti casi il giudice amministrativo tende a costruire in modo creativo.

A tal riguardo basta richiamare il dibattito, che per lungo tempo ha agitato la nostra disciplina, sulla cosiddetta natura giurisprudenziale del diritto amministrativo e sull'opportunità di non imbrigliare troppo il giudice amministrativo in regole rigide di tipo legislativo. La stessa codificazione del processo amministrativo e ancor prima del procedimento amministrativo incontrò all'epoca una certa resistenza da una parte di studiosi che ritenevano preferibile lasciare maggior libertà al giudice amministrativo nel plasmare le regole processuali e dell'agire amministrativo.

In un saggio dell'inizio degli anni '80 del secolo scorso Fabio Merusi, rivolgendosi a un pubblico anche di giuristi inglesi, illustrava le ragioni per le quali il diritto amministrativo nacque e si sviluppò come un diritto essenzialmente giurisprudenziale quasi sul modello della common law.

La prima ragione è legata al principio del non liquet, ovvero alla necessità della IV Sezione del Consiglio di Stato, fin dalle sue prime decisioni, di riempire di contenuto le scarne disposizioni normative processuali poste dalla legge del 1889 istitutiva della Sezione, integrandole e specificandole in sede interpretativa».

[7] Sul punto, N. DI MODUGNO, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo,* in Dir. proc. amm., 2013, pp. 791 ss.

[8] Su tali profili condannatori della sentenza amministrativa, v. DI MODUGNO, *Fermenti, cit.*, pp. 794 ss.

ISSN 2036-7821

e, più in generale, ordinativi, ai sensi dell'art. 34, lett. c) ed e), c.p.a., costituiscono le più recenti e significative manifestazioni di una trasformazione profonda del processo amministrativo. Trasformazione che, senza l'evoluzione derivante dall'estensione ad esso del giudizio di ottemperanza, sarebbe stata, semplicemente, impensabile.

E' essenziale, a tal proposito, precisare che l'autorevole insegnamento sopra richiamato ha affermato che il Consiglio di Stato, con la decisione della Quarta Sezione del 9 marzo 1928 n. 181[9], che sancì l'estensione del giudizio di ottemperanza alle proprie sentenze, si sarebbe, in realtà[10], comportato da legislatore[11]. Vero è che da una semplice lettura della motivazione della decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato 9 marzo 1928 n. 181[12] appare evidente che vi era già la chiara consapevolezza

[9] Tale celebre decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato è stata ripubblicata in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2001, pp. 131-140, con commento di R. DIPACE.

[10] In tal senso, nel quadro della dottrina dell'epoca vanno ricordate le critiche alla svolta giurisprudenziale del 1928 autorevolmente avanzate da G. ZANOBINI, *Corsoi di diritto amministrativo*, Vol. II, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1945, p. 217, che scrive: «*L'art. 27, n. 4, è stato ritenuto applicabile, oltreché alle sentenze dell'autorità giudiziaria, anche alle decisioni della giurisdizione amministrativa, nei casi in cui il contegno dell'amministrazione non sia conforme a ciò che risulta stabilito. Questa interpretazione analogica non trova fondamento nei principi generali ed anzi è con essi in contrasto: il sistema del nostro diritto attribuisce alle decisioni delle giurisdizioni amministrative propria efficacia costitutiva (annullamento o sostituzione di atti amministrativi), per la quale l'inosservanza da parte dell'amministrazione rappresenterebbe una situazione anomala, una deviazione dell'amministrazione dai principi di ordine e di giustizia: fatti poco potrebbero giovare i comuni mezzi giuridici*».

Sul punto è tuttora fondamentale l'insegnamento di NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3^ Ed., Bologna, 1983, p. 403, secondo cui tale dottrina si oppone «*...al nuovo orientamento in base alla considerazione che di un rimedio, come quello dell'art. 27 n. 4, non c'era alcun bisogno e spazio nel processo ammi9nistrativo perché, essendo esso un processo di mero annullamento, l'eliminazione dell'atto era un puro e automatico effetto della sentenza, senza alcun bisogno di alcun altro intervento dell'amministrazione o del giudice. In realtà, l'introduzione del rimedio operò un vero e proprio strappo nel tessuto normativo*».

[11] Scrive M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in M. NIGRO *Scritti giuridici*, Tomo III, Milano, 1986, pp. 1522-1523 «*...non si comprende nulla della funzione di esso giudizio nell'economia del processo amministrativo, se non ci si rende conto che l'applicazione dell'art. 27 n. 4* (del T.U. sul Consiglio di Stato n. 1054/1924, allora in vigore, ndr.*) a queste sentenze è avvenuta non per estensione diretta, né per analogia (sono le contrastanti posizioni della Cassazione e del Consiglio di Stato), ma per un fatto di pura e semplice (direi di bruta) innovazione giurisprudenziale… L'introduzione fu il frutto della (sia pure oscuramente) avvertita trasformazione del processo da processo di annullamento puro a processo con elementi ordinatori e dalla (sia pure avvertita e confusa) volontà di cooperare a questa trasformazione e di spingerla in avanti nell'intento di assicurare effettività alla giurisdizione amministrativa. Il giudice amministrativo non volle affatto estendere alla sentenza amministrativa il regime che l'art. 4* (della L. 20 marzo 1865 allegato e) n. 2248, ndr.*) faceva alla sentenza civile, ma utilizzò, per l'attuazione della prima, il solo strumento di cui poteva disporre per piegare la resistenza o rimediare l'inerzia dell'amministrazione; ed, ovviamente, lo assunse per quello che poteva significare e valere nel nuovo quadro in cui essa voleva – con quella oscura e confusa volontà di cui ho detto – inserirlo*».

[12] Si legge, fra l'altro, nella motivazione della decisione della Quarta Sezione 9 marzo 1928 n. 181, ora in PASQUINI, SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni*, cit. p. 133: «*La Sezione, dopo attento esame del fondamento delle opposte tesi in argomento sì delicato, stima dovere aderire a quella che riconosce l'anzidetta potestà all'autorità giurisdizionale amministrativa. Si concede che la concreta esecuzione del giudicato amministrativo spetta in proprio ed esclusivamente all'amministrazione, così come negli ordinamenti processuali civili il procedimento di cognizione e di dichiarazione di un diritto è compiutamente distinto dal procedimento di esecuzione, nel quale si riconosce la presenza di una attività meramente esecutiva dello Stato; si concede altresì che la preminente potestà degli organi della gerarchia amministrativa è quella di annullamento di atti amministrativi non conforme a legge; ma sempre sta fermo il principio che logico inscindibile contenuto della pronuncia di annullamento di atto amministrativo vi è la pronuncia dichiarativa della lesione da parte dell'amministrazione di un*

ISSN 2036-7821

che l'annullamento del provvedimento impugnato aveva come logico presupposto l'accertamento della lesione dell'interesse legittimo in capo al ricorrente. Pertanto, la Quarta Sezione ritenne ammissibile il ricorso di ottemperanza nel processo amministrativo avente ad oggetto interessi legittimi. In altre parole, la forza espansiva dell'interesse legittimo[13] quale situazione soggettiva di tipo sostanziale costituì la vera base di tale svolta giurisprudenziale che appare ispirata ad un'autorevole dottrina[14] che già da tempo aveva riconosciuto il contenuto di accertamento della lesione dell'interesse legittimo come elemento essenziale della sentenza amministrativa di annullamento. Può dirsi, pertanto, che la Quarta Sezione del Consiglio di Stato riconoscendo come contenuto tipico della sentenza amministrativa l'accertamento della lesione dell'interesse legittimo, in senso sostanziale, del ricorrente abbia anticipato di quasi vent'anni gli articoli 24 e 113 della Costituzione che, come a tutti noto, riconoscono la generalità e la pienezza della tutela giuridica dell'interesse legittimo[15] ponendolo (art. 24 Cost.) sullo stesso piano del diritto soggettivo. Ancora, venticinque anni dopo le Sezioni Unite Civile della Corte di Cassazione, con la celebre sentenza dell'8 luglio 1953 n. 2157[16] (Est. Torrente), dichiararono che il Consiglio di Stato, nell'estendere alle proprie sentenze il giudizio di ottemperanza (che, si badi bene, costituiva già allora, un'ipotesi di giurisdizione di merito (pertanto, di carattere

interesse del privato giuridicamente protetto, e, pertanto, dell'obbligo dell'amministrazione alla restaurazione del medesimo. Segue da tali premesse che, ove l'amministrazione, violando il giudicato amministrativo, abbia emesso un positivo concreto provvedimento difforme dalla dichiarazione di diritto contenuta nel predetto giudicato, bene è proponibile l'istanza del privato diretta all'annullamento del medesimo. Che, se l'amministrazione di fronte al giudicato amministrativo, siasi mantenuta in atteggiamento negativo, poiché la perdurante omissione dell'amministrazione sempre importa lesione d'un legittimo interesse del privato, riconosciuto e dichiarato dal giudicato, bene è a ritenersi in tal caso ammissibile il ricorso del privato all'autorità giurisdizionale. Questa, riconfermando col sigillo di nuova pronuncia la perdurante violazione del legittimo interesse del privato e l'obbligo dell'amministrazione di ripararlo, costituirà, ove permanga sine iuxta causa l'inazione dell'autorità amministrativa, legale titolo allo interessato per l'istanza, dinanzi alla competente autorità, di rifazione del danno».

[13] Sull'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale cui corrisponde l'obbligo gravante sulla P.A. di presa in considerazione adeguata e completa della posizione del singolo è tuttora fondamentale la monografia di L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, 1989. Tale teorizzazione è proseguita in tempi più recenti con il saggio di L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano,* in *Dir. Proc. Amm.* n. 4/2007, e in *studi in onore di Leopoldo Mazzarolli,* Padova, 2007, Vol. I, Sez. Seconda, pp. 185 e ss..

[14] Il riferimento è a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo (1911-1914),* cit., p. 733, che, significativamente, scrive: «*Si è anche osservato che le giurisdizioni di giustizia amministrativa possono annullare atti amministrativi, quelle di merito anche modificarli o sostituirvi nuovi provvedimenti. Ciò, si dice, è funzione amministrativa. Ma si dimentica che l'atto amministrativo è annullato, modificato, o sostituito, in virtù di un preesistente diritto in senso lato (interesse tutelato dalla legge o dall'equità): ed è sull'accertamento di questo diritto, della sua lesione e della necessità di ripararlo che cade il giudicato,..*».

[15] Sul tema è fondamentale la monografia di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria,* Torino, 2017.

[16] In Foro Amm., 1953, con nota adesiva di G. MIELE, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato rispetto all'attuazione delle decisioni del giudice amministrativo,* ora in G. MIELE, *Scritti giuridici,* Vol. II, Milano, 1987, pp. 629 e ss..

ISSN 2036-7821

tassativo), si era mantenuto nell'ambito della propria giurisdizione[17]. In tal modo la Cassazione rigettò la censura di eccesso di potere giurisdizionale sollevata, sul punto, dall'Avvocatura Generale dello Stato. Soltanto quarantatre anni dopo la su richiamata decisione del Consiglio di Stato del 1928, il legislatore, con l'art. 37 della L. 6/12/1971 n. 1034[18],recepì[19] l'estensione giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo.

2. L'ottemperanza di chiarimenti.

Tornando all'esame della disciplina codicistica in tema di azioni nel processo amministrativo, il superamento, voluto dal legislatore del 2010, del monolitismo[20] dell'azione di annullamento, che caratterizzava l'originario impianto del processo

[17] Si legge, fra l'altro, nella predetta sentenza: «*Il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 27 n. 4 citato, può conoscere anche dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'ordine dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della giurisdizione amministrativa*».

[18] L'art. 37 della L. 6/12/1971 n. 1034 stabiliva: «*I ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso al giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria, che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico, sono di competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali quando l'autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del Tribunale Amministrativo Regionale. Resta ferma, negli altri casi, la competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.*

Quando i ricorsi siano diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione, della cui esecuzione si tratta.

La competenza è peraltro del tribunale amministrativo regionale anche quando si tratti di decisione di tribunale amministrativo regionale confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello».

[19] Sulla recezione da parte del legislatore del 1971 dell'estensione giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo è essenziale il pensiero di M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa*, cit., loco cit, pp. 100-101, che osserva: «*La legge esplicitamente ammette tale giudizio per l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli "organi di giustizia amministrativa" (art. 37, quinto comma). Tale ammissione è significativa non già per il fatto che viene consacrata in modo diretto legislativamente, l'interpr4tazione che da circa quarant'anni la giurisprudenza dà dell'art5. 27 n. 4 del testo unico – l'orientamento della giurisprudenza al riguardo aveva ormai il valore di posizione di una vera e propria norma consuetudinaria – quanto perché il legislatore sembra così di voler prendere atto della trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul potere – trasformazione che l'ammissione del ricorso d'ottemperanza produce (e svela) – e della funzione primaria ed essenziale che tale giudizio ha assunto e più dovrà assumere in questa trasformazione. Il giudizio di ottemperanza viene cioè a prender posto nel sistema non più quale espediente escogitato dal giudice amministrativo, con qualche forzatura della legge processuale, per rimediare alla patologica inadempienza dell'amministrazione, ma quale naturale completamento del giudizio di legittimità, diretto ad assicurare ai risultati di esso la massima influenza nell'azione amministrativa. Questo punto è decisivo ed è augurabile che la giurisprudenza ne senta tutta l'importanza, portando ancor più avanti, sul fondamento legislativo, l'orientamento da essa già inaugurato*».

[20] Per il superamento del monolitismo dell'azione di annullamento ben prima della codificazione del processo amministrativo del 2010, sia consentito il rinvio a N. DI MODUGNO, *Tipicità (o atipicità) delle azioni e tipicità dei dispositivi di accoglimento del ricorso nella sentenza amministrativa di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 1/1992, pp. 84-85, secondo cui già sotto il vigore dell'art. 26 della L. 6/12/1971 n. 1034 il giudice di legittimità avrebbe potuto adottare «*...ogni altro tipo di sentenza a tutela della situazione sostanziale del singolo...Sulla base delle su esposte considerazioni ci pare di poter concludere che, in omaggio ai principi costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.) oggi anche il processo amministrativo, come il processo civile secondo l'insegnamento di Chiovenda "...deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"*».

ISSN 2036-7821

amministrativo, non implica il venir meno dei profili cognitori tipici del giudizio di ottemperanza che pure è, essenzialmente, un giudizio di esecuzione. Profili cognitori che, di fronte alla riedizione del potere amministrativo, sovente possibile malgrado la sentenza di accoglimento del ricorso del privato, sono indispensabili per assicurare la necessaria elasticità[21] della risposta del giudice dell'ottemperanza all'atteggiamento, spesso tutt'altro che collaborativo, della P.A. soccombente. E ciò proprio in ragione del fondamentale principio di effettività della tutela in quanto, qualora si dovesse rigorosamente tenere distinte le sfere della cognizione e dell'esecuzione, si finirebbe col tornare indietro costringendo il ricorrente, vittorioso in un primo giudizio, ad inseguire le Amministrazioni soccombenti. Amministrazioni che, sovente, cedono alla tentazione di utilizzare gli spazi di discrezionalità residua, pura o tecnica, per emanare altri atti ulteriormente lesivi del suo interesse pur ritenuto meritevole di tutela dalla sentenza di cognizione. Tali profili cognitori, tipici del giudizio di ottemperanza, per un verso, trovano specifiche manifestazioni nella recente disciplina codicistica. Peraltro, in linea generale, essi derivano dallo stesso carattere, essenzialmente dinamico, dell'attuazione della sentenza amministrativa. Attuazione che, in molti casi, richiede il riesercizio del potere da parte della P.A.. Ciò rende impossibile la trasposizione dell'istituto del titolo esecutivo nel processo amministrativo. Tali istituti di carattere cognitorio[22] sono rappresentati dall'ottemperanza di chiarimenti[23] e

[21] È tuttora quanto mai attuale l'autorevole insegnamento di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo,* Napoli, 1958, pp. 156-157, che, significativamente, scrive: «*Al problema della direzione del procedimento si collega quello dell'adeguazione del procedimento alle esigenze della lite. Le liti sono diverse l'una dall'altra come le malattie né alcun medico penserebbe a prescrivere per tutti i malati lo stesso metodo di cura...Possono darsi tali differenze tra lite e lite che se le medesime regole dovessero essere eseguite per tutte, ne risulterebbe una rigidezza pregiudizievole al buon esito del processo. L'accenno alla rigidezza suggerisce la formula utile per indicare un altro principio, da tenere in conto per la costruzione e per la manovra del processo: alludo al principio di elasticità*».

[22] Tale assetto del giudizio di ottemperanza, ora desumibile dalla codificazione del 2010, avvalora la perdurante attualità dell'insegnamento di NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza,* loco cit., pp. 1548-1549, che prendendo atto del carattere a volte implicito, elastico, incompleto e condizionato delle regole desumibili dalla sentenza amministrativa di cognizione, lucidamente afferma che se per un verso la mera interpretazione del giudicato rientra ancora nell'ambito strettamente esecutivo del giudizio di ottemperanza «*...negli altri casi il giudice dell'ottemperanza sicuramente concorre (applicando gli ordini concettuali richiamati) a identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto: è quindi attività di cognizione, pur se la cognizione è compiuta in funzione immediata della sua traduzione in realtà pratica e contestualmente con questa. Tutto ciò mi fa insistere nella definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione*». Prosegue il Maestro alla nota 33 che si legge sempre a p. 1549: «*Forse però rovescerei l'ordine di prevalenza dei due momenti e non direi più che si tratta di un giudizio necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione...ma che si tratta di un giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione*». Precisa, inoltre, NIGRO, *Il giudicato amministrativo,* loco cit., p. 1549, testo: «*...che il giudice dell'ottemperanza cumula un'attività cognitoria (quando scioglie "le riserve" e colma le insufficienze del giudicato: sotto questo profilo, integra il giudicato stesso) e una attività esecutiva (quando assume le misure necessarie a tradurre effettivamente nella realtà il diritto posto dal primo giudice e da esso stesso giudice dell'ottemperanza). E' misto nel senso che, come si comprende, i due aspetti sono così strettamente congiunti da far ritenere impossibile o notevolmente difficile distinguerli*».

[23] Sul tema, D. PALAZZO, *La c.d. ottemperanza di chiarimenti nel processo amministrativo,* in F. APERIO, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto amministrativo,* Roma, 2020, pp. 189 e ss..

ISSN 2036-7821

dall'azione di nullità degli atti emanati in violazione e/o elusione del giudicato. Come ha precisato la stessa Adunanza Plenaria[24], l'ottemperanza di chiarimenti è un'azione di cognizione[25] che il Codice ha inserito nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Su di essa intendiamo soffermarci attesa la sua indubbia rilevanza sul piano della pratica processuale che, rispetto, ad es., al processo civile, ne fa un *unicum*. Tale azione è prevista dall'art. 112, 3° comma, c.p.a. che, com'è noto, stabilisce: «*Il ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alla modalità di ottemperanza*». Precisa, inoltre, l'art. 114, 7° comma, c.p.a. che: «*Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'articolo 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario*». Trattasi di una disciplina alquanto sommaria. Comunque possiamo dire che, ai sensi del citato art. 114, 7° comma, c.p.a., la legittimazione a richiedere chiarimenti al giudice circa le modalità di ottemperanza non è limitata alle sole parti ma si estende anche al commissario *ad acta*. Ed infatti, la giurisprudenza formatasi sul punto riconosce la legittimazione al commissario *ad acta* ma la nega[26] al ricorrente vincitore ritenendo legittimate le sole parti soccombenti, essenzialmente, l'Amministrazione resistente, sulla quale grava l'onere dell'ottemperanza. Deve, inoltre, ammettersi, a nostro avviso, anche la legittimazione[27]

---

[24] Sulla composizione e sull'attività giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è essenziale il saggio di E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato,* in FOLLIERI, BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo* (2010-2015), Prima rist., Lavis (TN), p. 25 ss..

[25] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 2/2013.

[26] In tal senso, fra le tante, Cons. Stato, Sezione VII, 13/07/2023 n. 6859, in cui, significativamente, si legge: «*L'art. 112 cod. proc. amm. prevede, al comma 5, che il ricorso possa "essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza".*

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, con orientamento cui si intende dare continuità, ha affermato che lo strumento in esame non può trasformarsi in un pretesto per investire il giudice dell'esecuzione, in assenza del presupposti suindicati, di questioni che devono trovare la loro corretta risoluzione nella sede dell'esecuzione del decisum, nell'ambito del rapporto tra parti e amministrazione, salvo che successivamente si contesti l'aderenza al giudicato dei provvedimenti così assunti" (Cons. Stato IV n° 2521 del 5 aprile 2022, VI n° 7713 del 18 novembre 2021).In questo contesto la parte privata vittoriosa in sede di cognizione non è legittimata a chiedere chiarimenti al giudice amministrativo in ordine alle modalità di ottemperanza al giudicato da parte dell'Amministrazione soccombente, potendo agire ai sensi del comma 2 per l'ottemperanza della sentenza ogniqualvolta la parte pubblica soccombente non vi provveda; è invece quest'ultima, oltre che il commissario ad acta, la parte titolata a chiedere chiarimenti al giudice sui punti del decisum che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza (Cons. Stato, sez. IV n° 2521 del 5 aprile 2022, 17 dicembre 2018, n. 7089; 17 dicembre 2012, n. 6468; V, 19 giugno 2013, n. 3339).

Nella fattispecie in esame, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, l'azione di chiarimenti è inammissibile, in quanto parte ricorrente è la parte vittoriosa del giudizio, sicché il rimedio che essa ha a disposizione, a fronte di condotte dell'Amministrazione ritenute elusive del giudicato, è l'ordinaria azione di ottemperanza ex art. 112, comma 2, lett. a) c.p.a.».

[27] La legittimazione all'ottemperanza di chiarimenti in capo al controinteressato è stata riconosciuta da Cons. Stato (Sez. VI), 26/03/2014 n. 1472. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. lo scritto di G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza,* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo, principi e regole,* Napoli, 2024, p. 677, che scrive: «*E' considerato legittimato anche il soggetto controinteressato, in so, ad esempio di giudicato di annullamento di un provvedimento a lui*

ISSN 2036-7821

dei controinteressati[28] a richiedere chiarimenti in ordine all'ottemperanza, essendo pacifica la loro dignità di parti necessarie in posizione di piena autonomia rispetto alla stessa Amministrazione resistente. Ed infatti, di fronte ad atteggiamenti compiacenti della P.A. nei confronti del ricorrente vincitore in sede cognitoria, ben potrebbe configurarsi la autonoma legittimazione del controinteressato, soccombente in tal sede, ad agire dinanzi al giudice dell'ottemperanza al fine di ottenere i necessari chiarimenti allo scopo di prevenire siffatte eventualità. Un'acuta dottrina[29] definisce tale ricorso come azione delucidativa. In realtà, l'oggetto di tale azione, che, sostanzialmente, come si è visto, è di tipo cognitorio, è costituito dall'esatta interpretazione[30] della sentenza ottemperanda. Interpretazione della sentenza che, mentre nel ricorso per l'ottemperanza, promosso dal ricorrente vincitore, rappresenta, sul piano logico-giuridico, il presupposto per ottenere, mediante l'azione di ottemperanza, l'adozione delle misure attuative del giudicato, nell'azione di chiarimenti costituisce l'unico vero oggetto del giudizio[31]. Appare evidente, pertanto,

favorevole da cui consegua l'obbligo della PA di riesercitare il potere, in quanto soggetto interessato a dirimere eventuali incertezze».

[28] Sul controinteressato nel processo amministrativo come parte principale è tuttora fondamentale la monografia di F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo, I: per la tutela cautelare,* Napoli, 1989.

[29] Il riferimento è a S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza,* in F.G. SCOCA (a cura di) *Giustizia amministrativa,* 4^ Ed., Torino, 2011, p. 590.

[30] Sul punto, cfr. R. DIPACE, *Il giudizio di ottemperanza,* in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa,* 9^ Ed., Torino, 2023, pp. 669-670, che osserva: «*Si tratta di chiedere chiarimenti al giudice sui punti del decisum che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza e sulle conseguenti modalità di azione per darne esecuzione. In questa sede, quindi, si devono porre questioni concrete, specifiche e rilevanti concernenti l'interpretazione del singolo giudicato mentre è escluso che attraverso il giudizio si riaprano questioni, relative al merito della vicenda definita con il giudicato».*

[31] Come ha di recente precisato la Quinta Sezione del Consiglio di Stato con sentenza del 16/6/2023 n. 5971: «*14. Il Collegio ritiene inammissibile il ricorso per chiarimenti ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm. per i rilievi di seguito enunciati. 14.1. L'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa (Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2) ha chiarito che il ricorso ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm. non presenta caratteristiche che consentono di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza, trattandosi di un ricorso che ha natura giuridica diversa tanto dall'azione finalizzata all'attuazione del comando giudiziale (art. 112, comma 2), quanto dall'azione esecutiva in senso stretto (art. 112, comma 3), e che presuppone, fondamentalmente, dubbi e incertezze sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo. Al ricorso ex art. 112 cod. proc. amm.. non può neppure essere attribuita la natura di incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 114, comma 7, cod. proc. amm., ponendosi esso dal punto di vista logico – sistematico completamente al di fuori dal giudizio di ottemperanza.*

Il rimedio per la richiesta di chiarimenti è, quindi, ammissibile, nel suo contenuto di strumento volto a ottenere precisazioni e delucidazioni su punti del decisum ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione, laddove si riscontrino elementi di dubbio o di non immediata chiarezza, senza che con ciò possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2324; id. 6 settembre 2017, n. 4232; id. 30 novembre 2015, n. 5409). 14.2. L'ottemperanza di chiarimenti assume, pertanto, un mero incidente sulle modalità di esecuzione del giudicato, utilizzabile quanto vi sia un situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo, e non un'azione o una domanda in senso tecnico, con la conseguenza che non può trasformarsi in un'azione di accertamento delle legittimità o liceità della futura azione amministrativa, né in un'impugnazione mascherata, che porti di fatto a stravolgere il contenuto della pronuncia, la quale non può più venire riformata né integrata dal giudice

ISSN 2036-7821

che l'azione *de qua* va inquadrata nell'ambito delle azioni tipiche di mero accertamento, essendo il giudice dell'ottemperanza chiamato ad accertare il vero contenuto della propria precedente sentenza di cognizione.

Tale inquadramento dell'ottemperanza di chiarimenti ha destato alcune perplessità in parte della dottrina[32] che pone in dubbio che possa formare oggetto di mero accertamento una domanda volta alla mera interpretazione della sentenza. E' vero che la dottrina contemporanea del processo civile[33] ritiene che l'azione di mero accertamento, pur dovendo considerarsi pacificamente, quale rimedio generale, nonostante il silenzio del codice di procedura civile sul punto, subisca rigorose limitazioni in concreto dovendo, salvo ipotesi espressamente previste dalla legge, avere ad oggetto un diritto o uno *status* e non l'esistenza o l'interpretazione di norme giuridiche e neppure meri fatti se non inseriti nel contesto di un determinato rapporto giuridico. Tale insegnamento va contestualizzato con riguardo alla specifica nozione dell'azione di interpretazione autentica della sentenza civile[34] dovuta a un'autorevole

dell'ottemperanza ove la pretesa avanzata sia de plano ricavabile dal tenore testuale della sentenza da eseguire.La giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, chiarito che l'istituto non deve essere un pretesto per investire il giudice dell'esecuzione su questioni che devono trovare la loro concreta risoluzione in sede di esecuzione del decisum, nell'ambito del rapporto tra i privati a l'amministrazione, salvo che successivamente si contesti l'aderenza al giudicato dei provvedimenti così assunti .Il principio è stato recentemente ribadito dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 21762 del 29 luglio 2021, secondo cui il 'ricorso' di ottemperanza, previsto dall'art. 112, comma 5, cod. proc. amm. presenta profili peculiari che lo distinguono dalle altre forme di 'azione' di ottemperanza.Con particolare riferimento alla fattispecie in esame, va considerato che oggetto del ricorso ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm., è la rappresentazione del modo con cui il potere-dovere di ottemperanza dell'Amministrazione deve essere esercitato ('modalità di ottemperanza'), e l'azione consiste nell'attivazione di un potere che la norma stessa riconosce al giudice amministrativo.Non può revocarsi in dubbio che per l'ammissibilità del ricorso è necessario che sussista la 'res dubia', ossia che vi sia incertezza sulla portata del giudicato, ossia dubbi e incertezze sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo.Come sopra precisato, e' stato in più occasioni chiarito che deve ammettersi il rimedio della richiesta di chiarimenti nel suo contenuto proprio di strumento volto a ottenere delucidazioni su punti del decisum ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione, laddove si riscontrino elementi di dubbio o non immediata chiarezza, senza che con ciò possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese (Cons. Stato, n. 5978 del 2018; Cons. Stato n. 2324 del 2017; Cons. Stato n. 1680 del 2015) o addirittura indirizzare preventivamente l'agire amministrativo».

[32] Cfr. F. VOLPE, *L'ottemperanza di "chiarimento". Un istituto inutile o dannoso?*, in www.lexitalia.it, 2010, nello stesso senso, più di recente, D. PALAZZO, *La c.d. ottemperanza di chiarimenti*, cit., pp. 209-210.

[33] Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, *I principi*, Bari, 2023, p. 37, che, dopo aver sottolineato che l'ammissibilità dell'azione di accertamento quale figura generale «*...trovi un argomento decisivo nell'art. 24, 1° co., Cost. e nella rilevata atipicità del diritto di azione*», osserva: «*Ciò non esclude affatto, peraltro, che l'azione di m. a., superato lo scoglio derivante dalla mancanza di una sua previsione come rimedio generale, incontri, poi, rigorose limitazioni in concreto. Un primo limite attiene all'oggetto. E' pacifico, infatti, che l'azione di accertamento, al pari di qualunque altra azione, debba vertere, salvo ipotesi espressamente previste dalla legge, su un diritto o su uno status mai sull'esistenza o sull'interpretazione di norme giuridiche astrattamente considerate, né su meri fatti, avulsi dal contesto di un determinato rapporto giuridico*».

[34] Sull'interpretazione della sentenza civile è ora fondamentale la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 21/02/2022 n. 5669.

ISSN 2036-7821

non recente insegnamento in materia di ermeneutica[35] che venne, però, già all'epoca, posto in discussione da una dottrina altrettanto autorevole nell'ambito del processo civile[36] con delle obiezioni tuttora valide. La richiamata dottrina affermò che l'azione di accertamento interpretativo, non prevista dal vigente codice di procedura civile del 1940, avrebbe potuto ritenersi ammissibile soltanto in presenza di una specifica pretesa esecutiva fatta valere dalla controparte. Pertanto, è proprio la natura di azione di mero accertamento, rivestita dall'ottemperanza di chiarimenti, che, a nostro avviso, ci consente di porre nella sua giusta luce la vera *ratio* della opzione giurisprudenziale, fatta propria anche dall'Adunanza Plenaria, volta ad escludere il ricorrente vincitore dall'ambito dei legittimati ad agire nell'ottemperanza di chiarimenti.

A ben vedere, più esattamente, ciò che manca al ricorrente vincitore, in tale tipologia di azione dichiarativa, non è la legittimazione *ad causam* che, invece, sussiste ma è l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) in mero accertamento che tale giurisprudenza riconosce ai soli soccombenti. E ciò in quanto il ricorrente vincitore ha sì interesse all'esatta interpretazione della sentenza ottemperanda ma non in sé e per sé ma quale presupposto logico-giuridico all'adozione della misure attuative. Misure attuative alla cui adozione la P.A. ed i contro interessati, invece, hanno interesse soltanto ad opporsi. Più precisamente la P.A. soccombente, su cui grava l'obbligo di conformarsi al giudicato favorevole al ricorrente vincitore, tende, mercè l'ottemperanza di chiarimenti, a mantenere integra la sfera di discrezionalità residua da far valere in sede di riedizione del potere amministrativo. Il controinteressato, invece, nel tentativo di conservare il bene della vita assicuratogli dal provvedimento annullato con la sentenza di cognizione, fa valere un interesse meramente oppositivo che forma oggetto della contrapposta pretesa all'ottemperanza vantata dal ricorrente vincitore. In altre parole, nell'ottemperanza di chiarimenti, essendo venuto meno il provvedimento amministrativo annullato dalla sentenza cognitoria, dietro il *petitum* dell'interpretazione autentica della sentenza ottemperanda, emerge, a tutto tondo, il

[35] Ci riferiamo al pensiero di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 269, che scrive: «*Si può affermare in via generale che ogni qualvolta sorga un interesse tale da giustificare un'azione di accertamento, o se più piace, ogni qualvolta sorgerebbe tale interesse se il precetto oscuro fosse di origine contrattuale (l'azione di accertamento è stata principalmente studiata in ordine a situazioni create dalle parti), si può chiedere all'autorità giudiziaria di accertare il significato di un precetto giurisdizionale da essa già reso. E' noto che l'interesse all'accertamento, produttivo della legittimazione ad agire, nasce sotto particolari condizioni, quando cioè la stessa situazione di diritto sostanziale resti oscura, e le parti interessate manchino per conseguenza di una precisa regola di condotta*».

[36] Il riferimento è a S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 10^ Ediz. aggiornata ed ampliata da C. Punzi, Padova, 1987, pp. 230-231, testo e nota 44, che scrive: «*Si ritiene ammissibile dalla dottrina che l'interpretazione del giudicato possa costituire oggetto di azione di accertamento in via principale*». Prosegue, però, il Maestro nella nota 44 sempre a pag. 231: «*Il BETTI, Op. cit., 268, parla di interpretazione autentica della sentenza nella ipotesi della Cassazione che corregge la motivazione lasciando fermo il dispositivo. V. anche CARNELUTTI, Interpretazione autentica della sentenza, in Riv. Dir. Proc. Civ. 1933, II, p. 53 ss., ma questa sarà interpretazione più corretta della legge non della sentenza. Comunque l'istituto della correzione della motivazione ha ben altra portata... Lo stesso BETTI ammette l'azione di accertamento interpretativo. La giurisprudenza, sebbene a malincuore, talvolta l'ammette. Sembra lecito dubitare dell'ammissibilità di una simile azione, non potendo l'interpretazione essere data che in relazione a una pretesa di esecuzione della sentenza, non quindi principaliter*».

ISSN 2036-7821

conflitto di interessi[37] che costituiva l'oggetto vero del processo di annullamento definito con la sentenza di cognizione. L'amministrazione cercherà, in tutti i modi, attraverso una interpretazione restrittiva della sentenza di cognizione, di ridurre la portata dei vincoli conformativi derivanti dal giudicato di annullamento che, al contrario, il ricorrente vincitore farà valere in tutta la loro portata in modo da condizionare la riedizione del potere in senso favorevole alla propria pretesa. Il controinteressato, invece, fa valere puramente e semplicemente, il proprio interesse alla conservazione del bene della vita accordatogli con il provvedimento annullato, ad es., l'aggiudicazione dell'appalto, il permesso di costruire impugnato vittoriosamente dal ricorrente. Ed è proprio tale interesse oppositivo che, sostanzialmente, il controinteressato fa valere richiedendo al giudice i chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. Interesse oppositivo che, pertanto, si contrappone a quello pretensivo fatto valere dal ricorrente vincitore con l'esercizio dell'azione di ottemperanza in senso stretto.

Occorre ora soffermarsi sull'istanza di chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza proposta dal commissario *ad acta.* In giurisprudenza è stata avanzata la tesi secondo cui detta istanza non avrebbe natura di azione di ottemperanza[38]. Sul

---

[37] Sul punto, vanno ricordate le insuperate pagine di M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo (1981),* ora in *NIGRO, Scritti giuridici,* Tomo III, cit. p. 1464, in cui, significativamente, si legge: «*...si profila una nuova forma di legalità, non una legalità-legittimità ma una legalità-giustizia, perché non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto assetto di tali interessi. Questa nuova forma di legalità mette in luce la funzione creativa del giudice, la sua posizione nel conflitto sociale nell'assoluzione dei grandi e piccoli conflitti d'interessi. Di tale sua posizione e funzione il giudice amministrativo deve convincersi e appropriarsi fino in fondo*». Un'analoga concezione per la giurisdizione civile è autorevolmente affermata da G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile,* Vol. I, cit., p. 5, che scrive: «*La giurisdizione fin qui considerata è detta contenziosa perché presuppone l'esistenza di un conflitto intersoggettivo ed ha come obiettivo la risoluzione e la composizione in via autoritativa del confitto stesso (della "lite", per adoperare una terminologia che risale a Carnelutti). Questa, fra le tante definizioni proposte dalla dottrina per spiegare la funzione essenziale della giurisdizione, sembra quella più calzante ed aderente alla realtà*».

[38] Il riferimento è alla sentenza del Cons. Giust. Amm. Sic. 31/12/2019 n. 1100 che riconduce la mancata previsione della notifica alle parti dell'istanza del Commissario all'impossibilità di qualificare la richiesta di chiarimenti proposta dal medesimo come azione di ottemperanza. Si legge, infatti, nella motivazione della predetta sentenza del C.G.A. Sic. n. 1100/2019: «*Osserva il Collegio che, in forza di una interpretazione letterale e sistematica, l'istanza di chiarimenti del commissario ad acta, indicata solo nell'art. 114 comma 7 mediante richiamo all'art. 112 comma 5, non può essere qualificata come "azione di ottemperanza", sicché la stessa non va notificata alle parti; a garanzia del contraddittorio e, quindi del principio del giusto processo, è sufficiente che le parti ne abbiano avuto conoscenza mediante la comunicazione d'ufficio della data della camera di consiglio fissata per l'esame della stessa. Nella fattispecie in oggetto non soltanto le parti ne hanno avuto comunicazione, ma la stessa parte odierna appellante era presente all'udienza camerale di esame della istanza del commissario ad acta, attraverso il difensore. Né vale, al riguardo, obiettare che il difensore era presente attraverso un proprio delegato, poiché anche ad ammettere che lo stesso difettasse di elementi sul contenuto dell'ordinanza in discussione, nessun dubbio che il delegato avrebbe dovuto successivamente riferire al difensore costituito della parte appellante sul contenuto dell'istanza. Quanto ai rimedi esperibili, la circostanza che il giudice adito si pronunci su una istanza di chiarimenti del commissario ad acta, che non è in senso proprio una azione di ottemperanza, non significa che il rimedio esperibile sia il reclamo,*

ISSN 2036-7821

piano processuale non vi è dubbio che detta istanza non vada notificata alle parti, anche in ragione del fatto che la comunicazione, da parte della Segreteria del giudice, della data della camera di consiglio fissata per l'esame di detta richiesta del Commissario *ad acta* è pienamente idonea ad assicurare adeguatamente la garanzia del contraddittorio. Va anche condivisa la tesi dell'appellabilità della decisione di chiarimenti resa sull'istanza del commissario. Va detto, però, che sul piano sistematico appare contraddittorio, per un verso, negare la natura di accertamento all'istanza di chiarimenti proposta dal commissario *ad acta* e, per altro verso, riconoscere natura decisoria, indipendentemente dalla forma della sentenza o dell'ordinanza, al provvedimento reso dal collegio su detta istanza. Appare evidente, infatti, che riconoscere una diversa natura all'istanza del commissario rispetto all'azione di ottemperanza di chiarimenti proposta dalla parte interessata implicherebbe di dover affermare che detta istanza altro non sarebbe che una sollecitazione rivolta al giudice dal suo ausiliario all'esercizio di poteri officiosi che, nella specie, non appaiono configurabili. In altre parole, affermare correttamente, come ha fatto tale giurisprudenza, la natura decisoria del provvedimento collegiale che fornisce i richiesti chiarimenti implica, necessariamente, di dover inquadrare la predetta istanza nell'ambito delle azioni di mero accertamento allo stesso modo del ricorso avanzato, in tal senso, dalla parte interessata. Vero è che, in realtà, l'istanza proposta dal commissario *ad acta* costituisce una vera e propria azione di accertamento proposta in surroga dell'amministrazione inadempiente all'obbligo di conformarsi al giudicato.
Va, infine, esaminato il problema dell'impugnabilità dei provvedimenti collegiali in materia di ottemperanza di chiarimenti resi ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a. Anche a tali provvedimenti deve ritenersi applicabile l'art. 114, comma 8, c.p.a. che, com'è noto, stabilisce: «*Le diposizioni di cui al presente Titolo si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza*». Facendo applicazione di tale norma, la giurisprudenza[39] ritiene che tali provvedimenti,

come sostiene l'appellante. Il reclamo al medesimo giudice costituisce, infatti, un rimedio "nominato" ed è ancorato a presupposti ben individuati: ha per oggetto "gli atti del commissario ad acta" e non i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza. Contro gli atti del giudice dell'ottemperanza sono previste le impugnazioni, delle parti o dei terzi, ovviamente se ed in quanto siano atti "decisori". Se sono meramente "ordinatori" non sono impugnabili, se non unitamente alla decisione finale (Cons. St., sez. IV, n.2141/2018). In particolare va rilevato, con specifico riferimento alla appellabilità o meno della decisione di chiarimenti resa ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., che appare decisivo accertare, volta per volta, quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza) adottato dal Giudice in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque, ausiliario o parte, richiesti».

[39] In tal senso, va richiamata la sentenza del Cons. Giust. Amm. Sic. 31/12/2019 n. 1100 che così, significativamente, statuisce: «*Quanto ai rimedi esperibili, la circostanza che il giudice adito si pronunci su una istanza di chiarimenti del commissario ad acta, che non è in senso proprio una azione di ottemperanza, non significa che il rimedio esperibile sia il reclamo, come sostiene l'appellante. Il reclamo al medesimo giudice costituisce, infatti, un rimedio "nominato" ed è ancorato a*

ISSN 2036-7821

se e in quanto siano atti decisori, sono appellabili se emessi dai TAR. Non sono, al contrario, impugnabili i provvedimenti meramente ordinatori se non unitamente alla decisione finale. A tali fini, pertanto, aldilà della stessa veste formale di ordinanza o di sentenza, va accertato il contenuto effettivo del provvedimento pronunciato dal Collegio in ordine ai chiarimenti richiesti, indipendentemente dalla circostanza che tale istanza sia stata proposta dal commissario *ad acta* o dalle parti interessate. E' chiaro, infatti, che qualora il provvedimento definisca l'azione di accertamento interpretativo indipendentemente dalla circostanza che sia stata proposta dalla parte interessata ovvero dal commissario *ad acta*, tale pronuncia, rivestendo pacificamente natura decisoria, se resa in primo grado dal TAR è, senza alcun dubbio, appellabile dinanzi al Consiglio di Stato.

3. L'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato.

La tutela dell'interesse pretensivo del ricorrente vincitore è, al contrario, alla base della stessa azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato. Tale azione ha anch'essa un'origine giurisprudenziale essendo stata introdotta nel processo amministrativo con la decisione dell'Adunanza Plenaria del 19 marzo 1984 n. 6 che esaminò l'ipotesi in cui:«*...dal giudicato derivi non già un semplice vincolo all'attività discrezionale, ma un obbligo talmente puntuale da non lasciare spazio alcuno all'esercizio di poteri dell'amministrazione*». Prosegue l'Adunanza Plenaria: «*In questi casi, infatti, l'ottemperanza al giudicato si concreta nell'adozione di un atto, il cui contenuto è integralmente*

presupposti ben individuati: ha per oggetto "gli atti del commissario ad acta" e non i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza. Contro gli atti del giudice dell'ottemperanza sono previste le impugnazioni, delle parti o dei terzi, ovviamente se ed in quanto siano atti "decisori". Se sono meramente "ordinatori" non sono impugnabili, se non unitamente alla decisione finale (Cons. St., sez. IV, n.2141/2018).

In particolare va rilevato, con specifico riferimento alla appellabilità o meno della decisione di chiarimenti resa ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., che appare decisivo accertare, volta per volta, quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza) adottato dal Giudice in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque, ausiliario o parte, richiesti. Secondo il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 2641/2018), ferma restando la regola generale della impugnabilità di tutte le decisioni rese dal giudice di primo grado in sede di ottemperanza (il c.p.a. che non ha previsto, in parte qua, alcuna ipotesi di inappellabilità), vale anche per le decisioni rese ai sensi dell'art. 112 comma 5 c.p.a. il principio secondo cui non sono appellabili le statuizioni rese in primo grado nell'ambito di un giudizio di ottemperanza che, essendo prive di natura decisoria definitiva, abbiano effetti meramente esecutivi e dunque sostanzialmente ordinatori.Si tratta di un orientamento pienamente condivisibile, coerente con i principi frequentemente affermati dalla Corte di Cassazione (ss. uu. n. 2610/2017) circa la non impugnabilità, salvo che non sia diversamente disposto dalla legge, dei provvedimenti non decisori e comunque non definitivi.Tali sono quei provvedimenti che hanno indole meramente esecutiva, "sempre revocabili, reiterabili e soprattutto destinati ad essere cristallizzati solo con la sentenza che chiude definitivamente il giudizio di esecuzione, questa si certamente appellabile" (Cons. St., sez. IV, n. 1759/2018).Ciò posto, nella fattispecie in oggetto, il giudice, nel rispondere a una richiesta di chiarimenti formulata dal commissario ad acta, ha interpretato il giudicato da eseguire, sicché ha reso un provvedimento decisorio. Il rimedio è in conseguenza di ciò l'appello, non essendo previsto il rimedio del reclamo al medesimo giudice contro i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza».

ISSN 2036-7821

desumibile dalla sentenza, onde deve ritenersi che l'amministrazione sia carente del potere di provvedere diversamente e che eventuali atti difformi dal giudicato possano essere dichiarati nulli indipendentemente da una impugnazione nel termine di decadenza...giacchè l'adozione di atti nulli può essere equiparata ad un contegno puramente omissivo dell'amministrazione, il cui accertamento non richiede necessariamente le forme e le garanzie di un ordinario giudizio di cognizione». L'Adunanza Plenaria non si limitò, in tale fattispecie, a enunciare il su indicato principio di diritto in ordine alla nullità dell'atto emanato in violazione del giudicato ma, dopo aver dichiarato la nullità di detto atto, procedette alla nomina del vincitore del concorso ritenendo superflua, a tal fine, la nomina di un commissario *ad acta*[40]. Tale svolta giurisprudenziale è stata recepita dal legislatore soltanto ventuno anni dopo, sul piano del diritto sostanziale, con l'art. 14 della L. 11/2/2005 n. 15 che, novellando la L. 7/8/1990 n. 241, vi ha introdotto l'art. 21 *septies*. Tale norma, com'è noto, al 1° comma, stabilisce: «*E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».* Il legislatore con tale norma non si è limitato a recepire l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria formulato con la decisione n. 6/1984, ora richiamato, ma, estendendo la categoria della nullità anche all'ulteriore ipotesi dell'atto elusivo[41] del giudicato, categoria elaborata dalla precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato, risalente agli anni sessanta del Novecento, ha conferito all'istituto la massima estensione superando la tesi che l'elusione, a differenza della violazione del giudicato, fosse ancora da inquadrarsi quale figura sintomatica di eccesso di potere. L'Adunanza Plenaria, nello statuire la nullità dell'atto amministrativo emanato in violazione del giudicato, ritenne di doversi avvalere del potere sostitutivo previsto in materia di giurisdizione di merito dall'art. 26, 2° comma, della L. n. 1034/1971, allora vigente, secondo cui il giudice amministrativo «*...quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo...».* In base a tale norma la decisione n. 6/1984 proclamò il vincitore del concorso sostituendosi direttamente all'amministrazione inadempiente avendo ritenuto superflua la nomina di un commissario *ad acta.* Fin da allora l'Adunanza Plenaria ebbe ben chiaro che la declaratoria di nullità dell'atto emanato in

[40] Si legge, infatti, nella decisione n. 6/1984: «*Il ricorso è, pertanto, ammissibile e, nel merito, va accolto, non essendosi l'amministrazione conformata, nel termine assegnato, alle puntuali indicazioni delle sentenze passate in giudicato. Di conseguenza devono dichiararsi nulle le delibere n. 830/82 e 240/83 del Comitato di gestione dell'Unità sanitaria locale e, nell'esercizio del potere di sostituzione previsto dall'art. 26, comma 2, L. 6 dicembre 1971 n. 1034, deve procedersi direttamente alla nomina del vincitore del concorso, risultando superflua a tal fine la nomina di un commissario».*

[41] B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva,* Milano, 1997, pp. 117 e ss., che, significativamente, osserva: «*La linea cd. dell'elusione va considerata un punto d'arrivo di grande momento nel cammino della giustizia amministrativa. Bisogna riconoscere che, con essa, il giudice dell'ottemperanza ha compiuto i passi decisivi verso il completamento di un sistema legislativamente appena abbozzato. E grazie a questi passi che oggi è possibile tracciare le linee teorico-ricostruttive più adatte alla sensibilità giuridico-processuale contemporanea, quanto alla portata della pronuncia di accoglimento e dalla sua esecuzione, con i riflessi immediati di tali ricostruzioni sull'inquadramento delle situazioni soggettive delle parti e sui poteri del giudice».*

ISSN 2036-7821

violazione del giudicato non è mai fine a sé stessa ma si pone, sempre, in termini di strumentalità rispetto all'ottenimento del bene della vita che costituisce l'oggetto dell'interesse legittimo che il ricorrente vincitore ha fatto valere vittoriosamente nel giudizio di cognizione. Bene della vita che la P.A. resistente, sostanzialmente, gli ha negato con l'atto emanato in elusione o in violazione del giudicato. Pertanto, lo scopo del ricorrente è quello di ottenere che, previa declaratoria di nullità di tale atto, il giudice dell'ottemperanza si sostituisca alla P.A. inottemperante.

L'azione di nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato è attualmente prevista dall'art. 114, 4° comma, lett. b), c.p.a., che stabilisce che «*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso...dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato*». A tale azione non si applica il termine decadenziale di 180 giorni previsto dall'art. 31, n. 4, c.p.a. per le altre ipotesi di nullità dell'atto amministrativo previste dalla legge. Ed infatti, l'art. 31, comma 4, terzo periodo, c.p.a., stabilisce: «*Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lett. b) per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV*». Pertanto, anche a tale azione di nullità si applica l'art. 114, 1° comma, c.p.a., che, come è noto, stabilisce: «*...l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza*». Con tale norma il codice del processo amministrativo ha recepito il principio in tal senso desumibile dall'art. 2953 c.c. secondo cui: «*I diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato si prescrivono con il decorso di dieci anni*». Detto termine decennale, proprio in quanto si riferisce ad un'ipotesi di prescrizione e non di decadenza, può essere interrotto non necessariamente con la proposizione del ricorso ma anche mediante la notificazione alla P.A. soccombente, su cui grava l'obbligo di conformarsi al giudicato, di un atto di diffida e costituzione in mora. Tale principio è stato affermato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza del 4/12/2020 n. 24 che ha ritenuto la sua applicabilità anche ai giudicati aventi ad oggetto interessi legittimi per i quali l'Adunanza Plenaria n. 5 del 1991 aveva fatto propria la soluzione opposta. La sentenza n. 24/2020 ha, infatti, ritenuto che «*...l'art. 114, comma 1, ha introdotto la diversa regola per la quale in ogni caso è "interrompibile" il termine di prescrizione decennale, quando si agisce con l'actio iudicati: non rileva sotto tale profilo la posizione soggettiva di cui si chiede tutela al giudice dell'ottemperanza*». Pertanto, l'Adunanza Plenaria ha enunciato il seguente principio di diritto: «*Il termine decennale previsto dall'art. 114, comma 1, del c.p.a. in ogni caso può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato*».

Orbene, deve ritenersi che tale principio applicabile al ricorso di ottemperanza, come si è visto, indipendentemente dall'oggetto del giudicato, che si riferisca cioè a diritti soggettivi o ad interessi legittimi, debba applicarsi anche all'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato sulla base dell'antico brocardo recepito dalla

ISSN 2036-7821

stessa decisione n. 24/2020 secondo cui «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*».

Tale regola *iuris* è stata recepita dall'Adunanza Plenaria quale canone essenziale nell'interpretazione delle leggi processuali amministrative.

In realtà, come già un antico ma sempre attuale insegnamento[42] aveva a suo tempo chiarito, l'interprete non può distinguere laddove non ha distinto il legislatore sempre che l'interpretazione letterale della norma che ne deriva non si ponga in contrasto con l'interpretazione logica dello stesso precetto normativo.

Invero, il rischio di tale contraddizione nella materia *de qua* non sussiste in quanto la pari dignità sul piano della tutela giuridica, sancito dall'art. 24 Cost., tra diritto soggettivo e interesse legittimo giustifica pienamente una identità di disciplina del termine per l'esercizio dell'azione di ottemperanza. Tanto anche sulla base dell'art. 1 c.p.a. che dispone che «*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*». La giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la proposizione dell'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato con ricorso incidentale proposto dalla parte resistente nel giudizio di ottemperanza di chiarimenti. Il Consiglio di Stato, infatti, ha affermato che l'azione di ottemperanza di chiarimenti e la domanda di nullità per violazione e/o elusione del giudicato sono tra di loro connesse[43], e, pertanto, è ad esse applicabile l'art. 32, 1° comma, c.p.a. che, come è noto, stabilisce: «*E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV*».

Orbene, nella fattispecie in esame, il problema della diversità del rito non si pone per nulla in quanto entrambe le azioni, rientrando quali altrettante *species* nell'unico *genus* del giudizio di ottemperanza, rientrano nell'ambito dei giudizi in camera di

---

[42] Cfr. F. CAMMEO, *Corso,* cit., p. 239, che osserva: «*...si dimostra erroneo l'altro aforisma "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus", ove lo si intenda come un divieto di limitare la portata della lettera della legge, se la limitazione è imposta dall'interpretazione logica*». Pertanto, seguendo questo sempre attuale insegnamento, l'interprete deve circoscrivere la portata di tale regola *iuris* individuandone l'eccezione che deriva dalla necessità di limitare l'ambito qualora l'interpretazione letterale indistinta della norma, senza alcuna limitazione, condurrebbe ad un risultato illogico.

[43] Sulla connessione è tuttora fondamentale la monografia di M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo,* Milano, 2002, pp. 13-14, che ha elaborato una teorizzazione della connessione nel silenzio della normativa processuale *ante codicem,* adattando i principi del processo civile alle esigenze del processo amministrativo in cui all'epoca la connessione era «*...istituto di pressocchè esclusiva creazione giurisprudenziale e di abbondante creazione giurisprudenziale, data la rilevanza pratica del fenomeno*».

In questo quadro, RAMAJOLI, *la connessione,* cit., pp. 78-79, criticava la giurisprudenza del Consiglio di Stato *ante codicem* in quanto assoluttizzava il carattere atomistico del processo amministrativo esaltando «*...la centralità della connessione nel processo amministrativo e l'impossibilità di ridurla ad una mera questione di opportunità e di economia processuale*». E' da ritenersi, pertanto, che il legislatore del codice nel dettare l'art., 32, 1° comma, c.p.a. che, innovando sulla precedente giurisprudenza ammette il cumulo oggettivo di domande nel processo amministrativo, si sia ispirato a tale autorevole insegnamento giustamente critico nei confronti del vecchio orientamento giurisprudenziale restrittivo in materia.

ISSN 2036-7821

consiglio[44]. Come ha chiarito il Consiglio di Stato (Sezione VI) con la sentenza n. 1472, pubblicata il 26/03/2014[45], entrambe le azioni presuppongono il previo accertamento del contenuto della sentenza di cognizione che riveste la natura di questione pregiudiziale.

Vengono ora in evidenza i poteri del giudice della nullità per violazione e/o elusione del giudicato. Va, innanzitutto, precisato che secondo la dottrina del processo civile[46] la declaratoria della nullità va qualificata come una sentenza di mero accertamento in via principale che elimina in via definitiva l'atto e con esso i suoi effetti. In particolare, l'art. 133, 1° comma, n. 5, c.p.a., stabilisce che è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la «*...nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato*». La *ratio legis* appare evidente in quanto l'atto violativo o elusivo del giudicato potrebbe anche implicare la lesione di un diritto soggettivo e non necessariamente soltanto di un interesse legittimo. Peraltro, tale azione rientrando nell'ambito del giudizio di ottemperanza rappresenta, altresì, un'ipotesi di giurisdizione di merito[47]. Può dirsi, dunque, che l'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato costituisce un caso di giurisdizione esclusiva e di merito con la

[44] Sui processi in camera di consiglio, malgrado sia antecedente alla codificazione del 2010, N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa,* II Ed., Milano, 2003, che si sofferma ampliamente sul processo di ottemperanza nel capito ottavo alle pagine 133-205.

[45] Si legge significativamente nella motivazione della sentenza n. 1472/2014 della VI Sezione del Consiglio di Stato (Est. Lopilato): «*12.– Alla luce dei chiarimenti resi, occorre esaminare il ricorso incidentale proposto dal Ministero, con cui si è chiesto che venga dichiarata la nullità dell'atto di autorizzazione n. 10 del 2014, e l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale, sollevata da Italia Nostra, sul presupposto dell'esistenza del predetto atto. Sul piano dell'ammissibilità del ricorso incidentale, contestata dai ricorrenti principali nel corso della discussione in camera di consiglio, deve rilevarsi che nel processo amministrativo è consentita, ai sensi dell'art. 32 cod. proc. amm., il cumulo di azioni connesse. Nel caso in esame il ricorrente principale ha proposto, come già rilevato, un'azione di ottemperanza con finalità di accertamento del rapporto processuale. L'amministrazione ha proposto un'azione di ottemperanza con finalità di accertamento della nullità dell'atto adottato dal Comune per asserita violazione del giudicato. La connessione tra le due domande è resa palese dalla circostanza che il giudizio sulla nullità dell'atto presuppone il previo accertamento del contenuto della sentenza di cognizione. Ciò comporta anche l'infondatezza dell'eccezione sollevata da Italia Nostra, in quanto non sussistono preclusioni tra la proposizione dell'azione di chiarimenti e l'eventuale esistenza di atti di esecuzione del giudicato, quando, come nel caso in esame, l'accertamento del rapporto impedisce che vengano posti in essere "ulteriori" atti invalidi. Nel merito il ricorso incidentale è fondato. Il Comune, infatti, ha riesercitato il potere, adottando un nuovo atto di autorizzazione, in applicazione della normativa vigente al momento dell'adozione degli atti di autorizzazione annullati. L'effetto conformativo della sentenza imponeva, invece, per le ragioni esposte, che si applicasse la nuova normativa. L'atto impugnato è, pertanto, nullo perché elusivo dell'accertamento disposto con la sentenza n. 6223 del 2013*».

[46] Cfr. C. DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza,* in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo,* Torino, 2012, p. 1281, che scrive: «*...la declaratoria della nullità elimina in via definitiva l'atto e con esso i suoi effetti (mezzo al fine ne è l'accertamento in via principale)*».

[47] Sul giudizio di ottemperanza come giurisdizione di merito cfr. il saggio di M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito,* in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice,* cit. p. 190, che sottolinea il potere del giudice dell'ottemperanza, previsto dall'art. 114, 4° comma, lett. a), di determinare il contenuto del provvedimento amministrativo e di emanare lo stesso in luogo dell'amministrazione.

ISSN 2036-7821

conseguenza che il giudice amministrativo, in tale ipotesi, è investito di una giurisdizione piena[48] finalizzata ad assicurare l'effettività della tutela. Ed infatti, proprio in funzione dell'esigenza di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo che l'art. 114 c.p.a. ha attribuito, in continuità con le vecchie leggi sulla giustizia amministrativa, al giudice dell'ottemperanza, in qualità di giudice del merito, il potere di sostituirsi totalmente alla P.A. inadempiente senza necessariamente doversi avvalersi del commissario *ad acta.* L'art. 114, 4° comma, lett. a), c.p.a., stabilisce: «*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso...ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione inadempiente*».Tale norma si inserisce armonicamente nel sistema in quanto il giudizio di ottemperanza rientra, ai sensi dell'art. 134, 1° comma, lett. a), c.p.a., nell'ambito della giurisdizione di merito. Il principio richiamato è stato autorevolmente ribadito dalle Sezioni Unite Civile della Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 6494/2015 che così statuisce: «*...la speciale giurisdizione di ottemperanza affidata al giudice amministrativo presenta caratteri peculiari, in virtù dei quali non è esclusa l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della pubblica amministrazione, giacchè al medesimo giudice amministrativo è espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche nel merito (artt. 7, comma 6, e 134 cod. proc. amm.), con possibilità, non solo di "sostituirsi all'amministrazione" (art. 7, comma 6, cod. proc. amm.) nominando, ove occorra, un commissario ad acta a norma dell'art. 114, comma 4, lett. d), cod. proc. amm., ma anche di procedere alla "determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo" ed alla "emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione" art. 114, comma 4, lett. a, cod. proc. amm.) (Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 1823)*».

Il problema è di delimitare, in concreto, i confini dell'attività amministrativa successiva alla sentenza, sottoposta al sindacato del giudice dell'ottemperanza *sub specie* di nullità per violazione o elusione del giudicato amministrativo, rispetto all'ambito investito dagli spazi nuovi di esercizio del potere amministrativo sottoposti al sindacato ordinario del giudice di legittimità. Un contributo essenziale all'approfondimento di tale difficile problematica è stato recato dalla su richiamata sentenza n. 2/2013 dell'Adunanza Plenaria. Sentenza che se, per un verso, non ha condiviso la prospettiva, delineata dalla VI^ Sezione remittente, di un giudizio di ottemperanza che attrae nel proprio ambito, pressocchè integralmente, il sindacato sulla riedizione del potere, individuando un canone essenziale al quale l'amministrazione deve attenersi nel riesercizio di tale potere in sede di attuazione della sentenza: l'obbligo di

[48] Sulla piena giurisdizione è tuttora fondamentale la monografia di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva,* Padova, 2001.

ISSN 2036-7821

interpretare[49] la sentenza ottemperanda secondo buona fede (art. 1366 c.c.)[50]. Tale autorevole insegnamento giurisprudenziale costituisca un essenziale contributo alla ricostruzione sistematica di tutto il giudizio di ottemperanza. Vero è che, secondo un autorevole insegnamento[51], la ricostruzione scientifica dell'interpretazione della sentenza costituisce il tema più difficile in quanto, a rigore a tale attività ermeneutica, non sono applicabili nè i canoni previsti per l'interpretazione della legge, nè quelli che il codice civile prevede (art. 1362 ss. c.c.) per l'interpretazione del contratto[52]. Senz'altro, però, sulla base di tale fondamentale sentenza dell'Adunanza Plenaria, possiamo dire che il canone ermeneutico della buona fede[53] (art. 1366 c.c.)[54] deve trovare applicazione nell'interpretazione della sentenza amministrativa. A nostro sommesso avviso, a tale fondamentale principio devono aggiungersi tre regole ermeneutiche che hanno un valore eminentemente logico: quella che impone l'interpretazione complessiva delle clausole (art. 1363 c.c.), la regola secondo cui le espressioni con più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369 c.c.) ed, infine, il principio di conservazione della clausola (art. 1367 c.c.) che impone di interpretare le singole clausole nel senso in cui possano avere qualche effetto[55]. Regola, quest'ultima, che, non a caso, un autorevole insegnamento[56] poneva a fondamento di ogni attività ermeneutica. E' pacifico che le norme di cui agli artt. 1362

[49] In tal senso è essenziale l'autorevole insegnamento di G. ABBAMONTE, *Il Consiglio di Stato in sede contenziosa,* in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e Italia,* Milano, 1998, p. 231, che, significativamente, scrive: «*Non può, quindi, più riconoscersi alcun potere dispositivo della P.A. in ordine ai contenuti di accertamento desumibili dal giudicato, interpretato secondo i canoni comuni dell'interpretazione degli atti giuridici, a cominciare dalla buona fede*».

[50] Sull'interpretazione della sentenza amministrativa secondo buona fede cfr. N. DI MODUGNO, *Il processo amministrativo come processo d'accertamento,* in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte* (a cura di G. Leone), Tomo I, Napoli, 2019, pp. 603-604.

[51] Cfr. S. SATTA, *Diritto processuale civile,* 10^ Ed., Padova, 1987, p. 230.

[52] Sull'ermeneutica contrattuale, M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale,* IV Ed., Torino, 2021.

[53] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" alla "alternanza",* Milano, 2001.

[54] Il Consiglio di Stato con la recente sentenza della Quinta Sezione del 3/1/2024 n. 119 ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali dei contratti della P.A. «*...deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1366 cod. civ.)*».

[55] M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione (1939),* ora in M. S. GIANNINI, *Scritti,* Vol. I, Milano, 2000, p. 192, che, soffermandosi sull'interpretazione della sentenza, scriveva: «*Sono...applicabili gli artt. 1132, 1133, 1136 c.c. ma non già perché essi contengono norme giuridiche generali, bensì in quanto sono regole logiche*». Va ricordato che l'art. 1132 c.c. del 1865 corrisponde al vigente art. 1367 c.c. (Conservazione del contratto), l'art. 1133 c.c. del 1865 corrisponde al vigente art. 1369 c.c. (Espressione con più sensi) ed infine l'art. 1136 c.c. del 1865 corrisponde al vigente art. 1363 c.c. (Interpretazione complessiva delle clausole).

[56] In tal senso, è tuttora attuale l'insegnamento di G. CAPOGRASSI, *Polemiche sull'interpretazione (1941),* in G. CAPOGRASSI, *Opere,* II, Milano, 1959, p. 359: «*Chi ha partecipato alla controversia giuridica tra due parti ... sa che in ultima analisi il dubbio si riduce, per usare le parole del fondamentale art. 1132 codice civile (*cui ora corrisponde il vigente art. 1367, c.c. n.d.r.*), a scegliere tra dare un senso qualunque esso sia ad una clausola o non darle nessun senso. Sembra ovvio, anzi, una inutile banalità quello che dice l'art. 1132: Come può dubitarsi che una clausola possa interpretarsi in modo che non abbia nessun senso?*».

ISSN 2036-7821

e ss. c.c. costituiscono altrettanti principi tradizionalmente applicabili anche nell'interpretazione dell'atto amministrativo[57].

Sul piano pratico si pone il problema della scelta del mezzo di tutela più appropriato per la difesa del ricorrente vincitore di fronte alle ulteriori manifestazioni del potere amministrativo successive alla sentenza di cognizione, in quanto la linea di demarcazione tra attività violativa e/o elusiva del giudicato e nuova attività amministrativa, nel cui quadro la tutela del privato può essere fatta valere soltanto con l'ordinaria azione di annullamento del provvedimento amministrativo prevista dall'art. 29 c.p.a., non sempre è agevolmente individuabile. La giurisprudenza, però, non circoscrive la portata dell'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato alla sola ipotesi in cui il giudicato non lasci spazi ulteriori per la riedizione del potere da parte dell'amministrazione soccombente. Al di là dei casi di elusione fra cui emerge l'esempio classico dei c.d. atti soprassessori va evidenziato il caso della pura e semplice reiterazione da parte della P.A. in sede di riedizione del potere dei medesimi vizi dell'atto amministrativo che già avevano condotto al suo annullamento con la sentenza di cognizione[58]. Accanto a tali ipotesi, in cui la violazione del giudicato

[57] Sul punto, L. MACCARONE, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo,* Napoli, 2007, p. 174 ss..

[58] Sul punto va richiamata la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 20/03/2024 n. 2695, in cui, significativamente, si legge: « *2. I ricorrenti deducono 4 motivi di gravame (estesi da pagina 7 a pagina 12 del ricorso) così compendiati: a) nullità delle note per violazione del giudicato, violazione dell'art. 11, comma 1, delle preleggi; b) nullità delle note per violazione del giudicato sotto altro profilo, in subordine, eccesso di potere per falsità dei presupposti, erronea presupposizione e travisamento dei fatti; c) nullità per violazione del giudicato, in subordine, incompetenza del responsabile u.t.c. ad imporre la nuova VAS; d) ulteriore profilo di nullità per violazione del giudicato. in via gradata, insussistenza di oneri economici dei ricorrenti in vista di un nuovo procedimento di VAS. 3. Il ricorso è fondato, nei sensi che seguono.4. Per i fatti sottesi al contenzioso e all'odierno gravame, il collegio rinvia alle sentenze sopra cennate, in particolare alla sentenza di questa Sezione n. 1153/2023 che ha ricostruito la vicenda e che l'odierno ricorso ha altrettanto ben sintetizzati. 5. Va solo osservato, ai fini che qui interessano, che con la sentenza n. 1153/2023, questa Sezione, in riforma della sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, 22 marzo 2022, n. 522, ha "ordinato "al Comune di Margherita di Savoia di ottemperare alla sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, 13 ottobre 2020, n. 1677, nei sensi, modalità e termini di cui in motivazione".6. Con le avversate note del 3/7/2023 e del 21/8/2023, il responsabile dell'ufficio tecnico dell'intimato Comune ha stabilito, in sede di ottemperanza alla pronuncia n. 1153/2023, che "In merito alle attività procedurali si comunica che preventivamente il Piano di Lottizzazione di Completamento dell'Insula 29CR5 del P.R.G. del Comune di Margherita di Savoia deve essere obbligatoriamente sottoposto a V.A.S. (Valutazione Ambientale Strategica) ai sensi della L. R. n. 44/2012 e smi". 7. Le note avversate violano frontalmente i giudicati. 8. La sentenza n. 1153/2023 ha ordinato "al Comune di Margherita di Savoia di ottemperare alla sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, 13 ottobre 2020, n. 1677, nei sensi,modalità e termini di cui in motivazione". 9. Segnatamente, la sentenza n. 1677/2020 ha statuito che "nella fattispecie concreta, si è in presenza di una deliberazione del Consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33, che ha già approvato un piano di lottizzazione, del quale si richiede la sottoscrizione della convenzione, e di un rapporto ambientale di V.A.S. (datato luglio 2011), che i proponenti hanno prodotto a suo tempo. Null'altro è esigibile da parte di costoro. Rebus sic stantibus, senza ulteriormente gravare sulla posizione dei privati, è solo l'Amministrazione che può valutare funditus l'interesse pubblico ambientale e se vi siano profili nuovi non già considerati e quali essi siano e, per questo, è la stessa a dover, in prospettiva logico-giuridica, dare impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di V.A.S., qualora lo ritenga in concreto indispensabile, alla luce del P.P.T.R. Infine, va ricordato che, in base*

ISSN 2036-7821

appare manifesta, ve ne sono altre di più complessa qualificazione soprattutto nei casi nei quali l'annullamento del provvedimento impugnato è stato pronunciato in sede cognitoria per difetto di istruttoria e di motivazione[59]. Non da oggi autorevole

all'art. 12, comma 6, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (come modificato dall'art. 2, comma 10, d.lgs. 29 giugno 2010 n. 128), la verifica di assoggettabilità a V.A.S., ovvero la V.A.S. relative a modifiche a piani e programmi, ovvero a strumenti attuativi di piani o programmi, già positivamente sottoposti alla verifica di assoggettabilità, si limita a considerare i soli effetti significativi sull'ambiente, che non siano stati già considerati dagli strumenti urbanistici. Orbene, agli atti v'è già il rapporto ambientale V.A.S. dell'anno 2011, che, qualora non più valido e/o suscettivo di necessario aggiornamento, secondo l'apprezzamento degli uffici tecnici del Comune, agli incombenti occorrenti dovrà provvedere l'Amministrazione comunale stessa, senza ulteriormente gravare sulla posizione della parte, che attende l'ottemperanza del giudicato".10. Le note comunali hodie avversate violano il prefato giudicato laddove, a fronte della deliberazione del Consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33 tutt'ora vigente e a mezzo di ufficio amministrativo-tecnico privo di competenza in ordine a qualsivoglia modifica della deliberazione del Consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33 e alla valutazione di assoggettabilità a Vas, hanno stabilito che: - "in merito alle attività procedurali … preventivamente il piano di lottizzazione di completamento dell'insula 29CR5 del p.r.g. del comune di Margherita di Savoia deve essere obbligatoriamente sottoposto a Vas …";- "L'autorità procedente è il privato …".11. Ebbene, le note avversate s'appalesano illegittime, tenuto conto che:- i giudicati in esecuzione avevano sancito la perdurante vigenza ed efficacia della deliberazione del consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33 (recante l'approvazione del piano di lottizzazione e della relativa convenzione) che, allo stato non risulta, revocata;
- dette note non tengono in debita considerazione il fatto che la sentenza ottemperanda ha tra l'altro affermato che "risulta impropria l'affermazione del Comune in ordine alla mancanza di una V.A.S., strumento che certo non ha senso logico-giuridico se posteriore all'approvazione della pianificazione urbanistica. Certo, i proponenti hanno già adempiuto a quanto loro incombeva" e che "Rebus sic stantibus, senza ulteriormente gravare sulla posizione dei privati, è solo l'Amministrazione che può valutare funditus l'interesse pubblico ambientale e se vi siano profili nuovi non già considerati e quali essi siano e, per questo, è la stessa a dover, in prospettiva logico-giuridica, dar impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di V.A.S., qualora lo ritenga in concreto indispensabile, alla luce del P.P.T.R".12. Per le considerazioni che precedono, va dichiarata la nullità, ex art. 21-septies della legge n. 241 del 1990, delle note dell'ufficio tecnico comunale prot. n. 10082 del 3 luglio 2023 e prot. n. 12626 del 21 agosto 2023. Pertanto, in forza dei giudicati provenienti dalle suindicate sentenze, il comune dovrà decidere se sottoscrivere la convenzione con i contenuti a suo tempo approvati con delibera del consiglio comunale nel 2011 o, in alternativa, procedere, esclusivamente tramite i competenti organi comunali, a una nuova valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla eventuale assoggettabilità del piano di lottizzazione a una nuova Vas, alla luce delle sopravvenienze normative con conseguente modifica dei precedenti deliberati. In quest'ultimo caso, tuttavia, occorrerà procedere nello scrupoloso rispetto delle sentenze ottemperande che, come detto, hanno affermato che "i proponenti hanno già adempiuto a quanto loro incombeva" (pagina 9 della sentenza 1677/2020) e che eventualmente è onere dell'amministrazione "dar impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di VAS" (pagina 10 della sentenza 1677/2020), null'altro essendo "esigibile" (pagina 9 della sentenza 1677/2020) in capo ai ricorrenti».

[59] Sul punto cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 18/08/2021 n. 5917, che così statuisce: « *8. - Il ricorso per l'ottemperanza è infondato. Giova premettere che la concentrazione nel giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo il giudicato, in relazione alla sua esecuzione, non si spinge sino al punto di affermare che qualsivoglia provvedimento adottato dopo un giudicato, ed in conseguenza dello stesso, debba essere portato davanti al giudice dell'ottemperanza, atteso che il ricorrente può rivolgersi a quest'ultimo, oltre che in caso di inerzia totale o parziale (e dunque per conseguire l'attuazione della sentenza : art. 112, comma 2, Cod. proc. amm.), anche in presenza di atti violativi od elusivi del giudicato (in tale caso chiedendone l'accertamento della nullità, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. b, Cod. proc. amm.); laddove invece l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o violativo ma autonomamente lesivo, in quanto copre spazi lasciati in bianco dal giudicato, deve essere azionato il rimedio del ricorso ordinario (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 2 febbraio 2016, n. 388; V, 23 maggio 2011, n. 3078). Ciò non vale ovviamente ad escludere la polisemicità intrinseca al giudizio di ottemperanza, quanto piuttosto ad enuclearne i limiti sistemici; entro tali limiti, secondo l'insegnamento di Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio*

ISSN 2036-7821

2013, n. 2, va riconosciuto come effettivamente nell'ambito dell'azione di ottemperanza si raccolgono diverse azioni, talune meramente esecutive, altre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 24 Cost. Seppure dunque il giudice dell'ottemperanza deve considerarsi come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato, tale regola sconta il limite che ha riguardo ad atti emanati in violazione od elusione del giudicato, ravvisabile prevalentemente in presenza di un giudicato da cui deriva un obbligo puntuale, sì che il contenuto dell'atto risulta nei suoi tratti essenziali integralmente desumibile dalla sentenza (Cons. Stato, VI, 3 maggio 2011, n. 2602; IV, 13 gennaio 2010, n. 70). In generale, dunque, quando l'amministrazione rinnova l'esercizio delle sue funzioni dopo un giudicato di annullamento, l'interessato che si duole delle nuove conclusioni raggiunte dall'amministrazione può proporre un unico giudizio davanti al giudice dell'ottemperanza lamentando la violazione od elusione del giudicato, ovvero la presenza di nuovi vizi di legittimità nella rinnovata determinazione. Il giudice dell'ottemperanza è quindi chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a chc fare con il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento costituisce violazione od elusione del giudicato, ne dichiara la nullità, con la conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella cioè volta a sollecitare un giudizio sulla illegittimità dell'atto gravato). Viceversa, in caso di reiezione della domanda di nullità, il giudice dispone la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cod. proc. amm. (in termini Cons. Stato, VI, 1 aprile 2016, n. 1294). 8.1. - Nel caso di specie, caratterizzato dal fatto che il giudicato ha accertato vizi di difetto di istruttoria e di motivazione, tralatiziamente definiti formali, si è già, quasi per definizione, al di fuori dell'ambito dell'obbligo puntuale. Inoltre la lettura della delibera del 24 febbraio 2021 esclude ogni carattere elusivo del giudicato, i cui limiti oggettivi sono stati bene enucleati dal CSM ai fini della riedizione dell'attività valutativa, limitata ai candidati dottori La Rana, Clemente e Ginefra. Ha ritenuto però il CSM che il sopraggiunto dato informativo rappresentato dallo scambio di messaggi telefonici tra alcuni candidati partecipanti alla procedura oggetto di controversia ed il dott. Palamara, potendo influire sul giudizio espresso dalla V Commissione, costituisca «un elemento nuovo e sopravvenuto, idoneo a legittimare l'annullamento d'ufficio della presente procedura di conferimento di incarico direttivo ai sensi degli artt. 21-octies e 21-nonies della L. n. 241/90». Ha dunque provveduto tenendo conto dell'accertamento contenuto nel giudicato ai fini della comparazione tra i candidati Ginefra-La Rana e Ginefra-Clemente, per poi procedere alla rinnovazione dei profili dei candidati le cui posizioni non hanno costituito oggetto del giudicato, compresa la dott.ssa Antonelli, pervenendo all'esito a nominare quest'ultima. Ne discende l'infondatezza del ricorso per l'ottemperanza, difettando il presupposto dell'atto elusivo del giudicato.9. - Dovrebbe conseguentemente essere disposta la conversione del rito per la disamina della domanda di annullamento della delibera del CSM, che, in sede di esecuzione del giudicato, è andata oltre i limiti dell'accertamento nello stesso contenuto per la rilevanza della sopravvenienza di fatto, che è stata, a ragione od a torto, ritenuta idonea a limitarne l'efficacia ripristinatoria e conformativa (nella contrapposizione tra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, secondo le linee tracciate da Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11).La conversione del rito da ottemperanza a cognizione ordinaria, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cod. proc. amm., non può essere disposta dinanzi a questo stesso Consiglio di Stato, in quanto presuppone che il giudice adito sia competente su entrambe. Ha già posto in evidenza la Sezione (cfr. Cons. Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4654) che la conversione ex art. 32 Cod. proc. amm. consiste nella cancellazione del ricorso per ottemperanza dal ruolo degli affari in camera di consiglio e nella contestuale fissazione dell'udienza pubblica per il giudizio di merito della domanda di impugnazione, nel rispetto delle forme previste dall'art. 87 Cod. proc. amm. Per la domanda di annullamento la competenza è del Tribunale amministrativo regionale del Lazio ai sensi dell'art. 13 Cod. proc. amm.9.1. - Qualificato dunque il ricorso come azione di annullamento ordinario, in applicazione analogica delle norme sul rilievo dell'incompetenza contenute nell'art. 15 Cod. proc. amm., sulla base dell'eadem ratio consistente nel fatto che questo Consiglio di Stato è stato adito in unico grado ai fini dell'azione di ottemperanza svolta in via principale, la conversione dell'azione (non condivisa dal ricorrente sotto il profilo della prospettazione giuridica, ed in particolare dell'inesistenza dei presupposti, ma sulla quale non ha manifestato una opposizione) deve tradursi nella dichiarazione di incompetenza, e nell'indicazione del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, come giudice competente sulla stessa ai sensi dell'art. 15, comma 4, e nel richiamo al termine fissato per la riassunzione della causa davanti a quest'ultimo giudice».

ISSN 2036-7821

dottrina[60] ha sottolineato l'estrema problematicità della determinazione, in concreto, dell'intensità del vincolo conformativo derivante dal giudicato nelle ipotesi di annullamento per vizi della motivazione del provvedimento.

Ad ogni modo, se il vizio della motivazione non è meramente formale[61] la rinnovazione dell'atto annullato con diversa motivazione[62] potrebbe presumersi[63] elusiva del giudicato con il conseguente ribaltamento dell'onere della prova della compatibilità con la sentenza della nuova motivazione addotta dalla P.A. soccombente in sede di riedizione del potere. In tali ipotesi il giudice amministrativo,[64] qualora non ritenga che la nuova motivazione addotta in sede di riedizione del potere sia incompatibile con il giudicato, fa uso del potere, previsto dall'art. 32, 2° comma, c.p.a., di disporre la conversione dell'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato, in sede di ottemperanza, come azione di annullamento, purché proposta nel termine di decadenza di sessanta giorni ora previsto dall'art. 29 c.p.a., salva l'ipotesi che ritenga sussistente l'errore scusabile da parte del ricorrente.

---

[60] Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1^ Ed., Bologna, 1976, pp. 268-269, che osservava: «*Il problema massimo è quello della stessa identificazione della natura e della consistenza che variano in relazione alle qualità del potere (vincolato o discrezionale) e al tipo di vizio per il quale è stato disposto l'annullamento dell'atto (si pensi soltanto alle gravissime difficoltà inerenti all'ambito del vincolo nel caso di annullamento dell'atto per vizio della motivazione)*».

[61] Tale differenza viene magistralmente colta già da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, pp. 611-612, che osserva: «*Comunque preme sottolineare come il vizio che ci occupa assume un duplice rilievo: o mette in luce un'irregolarità nell'esercizio della funzione, nella formazione della volontà dell'agente, in ispecie sotto il profilo dell'individuazione e ponderazione dei motivi, oppure attiene soltanto all'esternazione (cioè alla manifestazione dei motivi e dei presupposti) o alla forma dell'esternazione (motivi manifestati sì, ma non nel modo previsto, ad es. soltanto oralmente). Nel primo caso il vizio di motivazione assume rilievo sostanziale, come è del resto generalmente riconosciuto quando si osserva che tale irregolarità consente di accertare la presenza dell'eccesso di potere; nel secondo invece il vizio appare soltanto esteriore. Quindi se l'annullamento dell'atto avviene per un difetto di motivazione meramente formale, l'amministrazione sarà in grado, con le opportune correzioni, di riemanare l'atto. Ma se il vizio in realtà attiene alla formazione del contenuto precettivo dell'atto la cosa non è così pacifica*».

[62] Sul punto, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., pp. 612-612, che scrive: «*Sorge un problema, che è stato felicemente espresso in questi termini: basta che l'autorità amministrativa cambi nella nuova edizione del provvedimento la motivazione, perché possa ritenersi diverso il motivo? Cioè annullato un provvedimento perché preso un motivo x, mentre quello corretto era il motivo y, è sufficiente che l'autorità prenda un altro, identico, provvedimento, dicendo nella motivazione di aver seguito il motivo y? O non rimane il sospetto che sotto la maschera della nuova e corretta motivazione si nasconda ancora il vecchio e scorretto motivo?*».

[63] Nello stesso senso, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 613-614, secondo cui: «*Ci pare logico ritenere che vi sia una certa presunzione di insincerità della parte motiva. Perciò, se non si vuol proprio sostenere che il giudicato di annullamento per un vizio di motivazione che si traduce in realtà in un vizio sostanziale, impedisce che venga rinnovato un atto identico nel dispositivo, ma corretto nella motivazione, per lo meno si deve pensare che l'autorità ha l'onere di dare qualche prova della sincerità della uova motivazione. Ossia, se esistono tutti i presupposti perché venga emesso, pur se diversi da quelli addotti a sostegno del primo atto annullato, sarà legittimo il nuovo provvedimento, in quanto vi sia una nuova volizione, intrinsecamente diretta secondo le finalità previste dalla legge. E di questa nuova e corretta volizione, per superare il dubbio che i nuovi motivi risultanti dall'atto siano un semplice accorgimento formale, l'autorità deve dare prove adeguate. Altrimenti anche il nuovo atto amministrativo sarà illegittimo, e precisamente per violazione del giudicato. E nell'incertezza ci pare preferibile la soluzione più rigorosa: cioè se rimangono dubbi fondati che la nuova motivazione sia in realtà un espediente, non resta che ritenere trattarsi di un provvedimento invalido*».

[64] Il riferimento è, ad es., tra le tante, a Cons. Stato, Sezione Quinta, 18/08/2021 n. 5917, la cui motivazione viene riportata alla nota precedente.

ISSN 2036-7821

A questo punto, ritiene d'una certa utilità concentrare l'attenzione brevemente sull'incidente di conversione del rito. Normalmente, infatti, il problema della conversione sorge di fronte all'azione *ab origine* proposta in forma di ricorso di ottemperanza di cui viene disposta la conversione dal giudice dell'ottemperanza in azione di annullamento. Detta conversione implica, in base al codice, il passaggio della causa dal rito camerale, previsto per l'ottemperanza, al rito ordinario previsto, salvo eccezioni, per l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 29 c.p.a. Qualora il giudizio di ottemperanza sia stato incardinato dinanzi al TAR, avendo questi accolto il ricorso di cognizione, la conversione può essere disposta direttamente dal giudice dell'ottemperanza che statuisce il mutamento del rito con la conversione del ricorso di ottemperanza in ricorso ordinario con contestuale fissazione dell'udienza pubblica di discussione del giudizio.[65] Nell'altra ipotesi in cui sia stato, invece, adito in unico grado il Consiglio di Stato in sede di ottemperanza la giurisprudenza[66] ritiene che la

[65] Per un interessante caso di conversione del giudizio di ottemperanza in processo ordinario di annullamento del provvedimento cfr. TAR Puglia – Bari, Sez. Seconda, Ord. Coll. 6/12/2019 n. 1623, che così statuisce: «*Ritenuto... che, quindi, ai sensi di quanto dispone l'art. 32 del codice del processo amministrativo, sussistano i presupposti qualificanti e indispensabili, onde poter procedere alla conversione della proposta azione di ottemperanza in azione di annullamento del provvedimento impugnato, con cognizione piena, salva restando la facoltà d'impugnazione con motivi aggiunti dei nuovi provvedimenti prodotti in vista dell'udienza del 19 novembre 2019, che ha comportato la necessità di rinvio e di conversione del rito; 5 -Vista l'istanza di fissazione dell'udienza depositata il 24 aprile 2019; P.Q.M. il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione II, dispone il mutamento di rito, con la conversione del proposto ricorso per l'ottemperanza in ricorso ordinario per l'annullamento del provvedimento impugnato. Fissa l'udienza pubblica per la discussione di merito alla data del 21 aprile 2020*».

[66] In tal senso, Cons. Stato, Sez. Quinta, 18/8/2021 n. 5917, e, in precedenza, Cons. Stato, Sez. Quinta, 5/10/2017 n. 4654, in cui, significativamente, si legge: «*19. La Savda ha al riguardo articolato ulteriori censure nel proprio ricorso (motivi IV e V), proposte in via subordinata rispetto a quelle di elusione del giudicato finora esaminate, e per le quali ha chiesto la conversione dell'azione ex art. 32 cod. proc. amm., secondo i principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 15 gennaio 2013, n. 2.*

20. Questa richiesta va accolta nei termini che seguono.La conversione del "rito", da ottemperanza a cognizione ordinaria, non può infatti essere disposta davanti a questo stesso Consiglio di Stato, poiché essa presuppone che il giudice adito sia competente su entrambe (cfr. in questo senso Cons. Stato, IV, 22 gennaio 2013, n. 356 e 7 aprile 2014, n. 1625; V, 1° ottobre 2015, n. 4604). Più in particolare, la conversione di cui all'art. 32 cod. proc. amm. consiste nella cancellazione del ricorso per ottemperanza dal ruolo degli affari in camera di consiglio e nella contestuale fissazione dell'udienza pubblica per giudizio di merito della domanda di impugnazione, al fine di osservare le forme tassativamente previste dall'art. 87 cod. proc. amm. per le diverse tipologie di azioni esperibili davanti al giudice amministrativo.21. La possibilità di emanare un simile provvedimento di carattere ordinatorio è tuttavia condizionato dal presupposto processuale dato dalla competenza, pacificamente non sussistente in capo a questo Consiglio di Stato in relazione all'ordinaria domanda di annullamento svolta in via subordinata dalla Savda.Per quest'ultima è infatti ravvisabile, ai sensi dell'art. 5 del codice del processo, la competenza in primo grado dei tribunali amministrativi regionali, e precisamente del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, secondo i criteri della sede dell'autorità emanante e degli effetti dell'atto enunciati al comma 1 dell'art. 13 cod. proc. amm.22. Pertanto, qualificata l'azione di cui ai motivi IV e V del presente ricorso come azione di annullamento ordinario, in applicazione analogica delle norme sul rilievo dell'incompetenza contenute nell'art. 15 del codice del processo, sulla base della eadem ratio consistente nel fatto che questo Consiglio di Stato è stato adito in unico grado ai fini dell'azione di ottemperanza svolta in via principale, oltre che ai fini della salvezza degli effetti sostanziali della domanda e di tutela del diritto d'azione ex art. 24 Cost., la

ISSN 2036-7821

conversione non possa essere disposta dinanzi al Consiglio di Stato in quanto questa presuppone che il giudice adito sia competente sia in sede di ottemperanza che in sede di cognizione. Pertanto, la conversione dell'azione, in tale ipotesi, deve tradursi nella dichiarazione d'incompetenza, in applicazione dell'istituto della *traslatio iudicii*,[67] con l'emanazione di un'ordinanza collegiale con la quale in Consiglio di Stato dichiara la propria incompetenza, ai sensi dell'art. 15, 4° comma, c.p.a., con la consequenziale riassunzione, a cura del ricorrente, della causa dinanzi al TAR dichiarato competente nel termine di trenta giorni dalla comunicazione di detta ordinanza. In tal caso il processo prosegue dinanzi al nuovo giudice nelle forme ordinarie con salvezza degli effetti sostanziali della domanda oggetto di conversione.

4. La conversione dell'azione di nullità in ricorso di annullamento.

La definizione più felice del fenomeno della conversione è quella imperniata non sulla valutazione della volontà presunta delle parti bensì sull'intento pratico perseguito dalle parti.[68] Tale concezione è fondamentale ai nostri fini in quanto ci consente di emancipare l'idea stessa della conversione dalla precedente teoria volontaristica[69] con cui è stata impropriamente identificata. Ne era derivata una pretesa incompatibilità tra il concetto di conversione[70] e l'attuale teorizzazione degli atti processuali civili[71]. Pretesa incompatibilità che viene, tuttora, affermata dalla dottrina prevalente nel processo civile che la ricollega, per l'appunto, al superamento della vecchia teoria del negozio giuridico processuale[72] cui viene ricondotta. E' chiaro, però, che, qualora si

---

«conversione dell'azione» richiesta dalla Savda deve tradursi nella dichiarazione di incompetenza, nell'indicazione del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, come giudice competente sulla stessa ai sensi del comma 4 della disposizione da ultimo richiamata, e nel richiamo al termine fissato dalla stessa per la riassunzione della causa davanti a quest'ultimo giudice».

[67] Sull'istituto della *traslatio iudicii* è tuttora fondamentale il saggio di F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e "traslatio iudicii"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Fasc. 3-2005, pp. 729-750.

[68] Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1955, p. 508, secondo cui: «*...il negozio (o elemento) invalido o inefficace, può non di meno produrre gli effetti di un negozio (o elemento) di tipo o carattere diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma (art. 2424 cod. civ.), qualora l'intento pratico perseguito dalle parti (intento comune, se contratto : art. 1362) comporti questa diversa valutazione giuridica e un criterio oggettivo come quello della buona fede esige un trattamento corrispondente*». Del resto osservava ancora il Maestro: «*...la conversione del negozio o elemento invalido o inefficace obbedisce alla medesima esigenza generale di conservazione del negozio giuridico che guida l'interpretazione del contratto, quando esso o una singola clausola ammetta due sensi (art. 1367 cod. civ.), e giustifica la convalida del negozio invalido...*».

[69] Sul superamento della tradizionale teoria volontaristica del negozio giuridico v. la fondamentale monografia di F. G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva,* Perugia, 1979, pp. 133 ss..

[70] Sul concetto di conversione nel processo civile, v. L. SALVANESCHI, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte,* in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, pp. 121 ss.

[71] Il riferimento è alla monografia di F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili,* Padova, 1999, p. 183, testo e nota 61, che condivide sul punto il pensiero della Salvaneschi.

[72] Sulla conversione nel quadro della teoria del negozio giuridico processuale è doveroso ricordare l'antico saggio di L. Ferrara, *Sulla conversione del negozio giuridico processuale,* in *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1908, pp. 35 ss..

ISSN 2036-7821

consideri la concezione oggettiva della conversione, prevalente nell'odierna dottrina civilistica, tale pretesa incompatibilità verrebbe totalmente meno.

Venendo allo studio della dottrina classica del diritto amministrativo formatosi sull'istituto, va ricordato, innanzitutto, che ancora in continuità con la teoria negoziale tipica della Pandettistica[73], si pone un autorevole non recente insegnamento[74] che individua il *proprium* della conversione nella parte meno apparente della volontà del soggetto in luogo di quella esplicitamente manifestata, ritenendo che la *ratio* dell'istituto fosse quella di far salva la validità della dichiarazione negoziale qualora risulti che possa trasferirsi nell'ambito di un diverso negozio sulla base del principio generale secondo cui se l'atto invalido risponde ai requisiti di forma e di sostanza prescritti per altro atto valido può essere riconosciuto dall'ordinamento giuridico riconducendolo alla forma di quest'ultimo. L'istituto della conversione viene nettamente distinto dall'affine figura della conservazione dalla dottrina successiva[75]. Il superamento della posizione volontaristica avviene, secondo un'interpretazione sistematica molto simile alla su richiamata dottrina civilistica, sulla base della convinzione che si possa far luogo alla conversione qualora lo scopo dell'atto soggetto a conversione sia ricompreso nella funzione pratica dell'atto valido[76].

---

[73] Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, n. 83 (15): «*L'espressione (conversione) non è felicemente scelta. Il negozio giuridico non viene tenuto fermo, per ciò che lo trasformi in un altro, ma vien tenuto fermo per quello che è; non si fa che porre in evidenza un lato non manifesto*».

[74] U. FORTI, *Diritto amministrativo,* Parte generale, Vol. II, *Il rapporto - la teoria degli atti (Lezioni raccolte dal dott. Iaccarino),* Rist. della IV ed., Napoli, 1947, p. 227, che, soffermandosi sull'istituto nel diritto privato, osservava che con la conversione si riconosce «*...la parte effettiva e meno apparente della volontà del soggetto, in luogo di quella in modo espresso manifestata*». Aggiungeva il Maestro che anche nell'ambito degli atti amministrativi «*... appare altrettanto giustificata l'intima ragione dell'istituto e cioè l'utilità di far salva, per quanto sia possibile, la validità della dichiarazione, ove risulti che questa possa, per dir così, trasferirsi nell'ambito di diverso negozio*». Tanto sulla base del principio generale «*... secondo cui se un negozio invalido risponde tuttavia ai requisiti di forma e di sostanza prescritte per altro negozio, viene, sotto questo secondo aspetto, riconosciuto dall'ordinamento giuridico*».

[75] Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo,* Volume I, *Principi generali,* 7^ ed., Milano, 1954, p. 333, secondo cui «*...la conservazione non è che l'aspetto positivo dell'annullamento parziale...*». Ad es., l'autorizzazione rilasciata per periodo superiore a quello massimo consentito dalla legge «*... può restar valida se ridotta al tempo prescritto*». Ancora, una forma particolare di conservazione viene definita dal Maestro quella consistente nel tener fermi, in caso di annullamento di un atto, gli atti del procedimento anteriori a quello illegittimo. Secondo Zanobini, invece, la conversione si verifica qualora «*...un atto amministrativo invalido, o addirittura nullo, se considerato come proprio nella categoria in cui è stato collocato dalla volontà dell'amministrazione, possa ritenersi valido, se considerato proprio di una diversa figura giuridica*».

[76] Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo,* 2^ ed. rist. Padova, 1966, p. 173, secondo cui: «*Perché si possa far luogo alla conversione occorre non solo che i requisiti di sostanza e di forma del nuovo atto siano contenuti nell'atto invalido, ma anche che la funzione pratica di questo comporti quella dell'atto a cui è diretta la conversione*». Osserva, inoltre, che: «*... qui la fattispecie obbedisce al criterio di abbandonare alla sua sorte, l'atto invalido e di far valere, in quella vece, un atto giuridico di tipo differente compreso nel primo*».

ISSN 2036-7821

Come ognun vede tale insegnamento, che segna nel diritto amministrativo italiano il superamento della teoria negoziale, come è stato autorevolmente osservato[77], non parla più di volontà presunta dell'agente bensì di "*funzione pratica*" dell'atto. Particolarmente coerente con questa concezione della conversione si rileva uno degli esempi di conversione prospettati da tale dottrina, tuttora attuale, quale quello del ricorso gerarchico invalido al quale può riconoscersi il valore di una denuncia[78] valida come istanza di annullamento d'ufficio. Tale esempio riguarda un istituto, il ricorso gerarchico, tipico della giustizia amministrativa ed appare, sul piano sistematico, la strada ad un proficuo impiego della nozione anche nell'ambito della teoria degli atti processuali amministrativi[79]. È significativo ricordare, inoltre, che oggi autorevole dottrina afferma la piena compatibilità della conversione col diritto amministrativo qualora la si concepisca come un atto interpretativo che consente di evidenziare la vera natura del provvedimento[80]. Ci sembra di ritenere che sulla base delle ora esposte considerazioni, l'idea della conversione come atto interpretativo possa, senza dubbio, essere recepita anche nel diritto processuale amministrativo. Può dirsi, dunque, che di fronte all'atto processuale amministrativo l'interprete deve ricostruirne il significato anche sulla base della parte di esso non manifesta. Ne consegue la possibilità di una piena valorizzazione, sul piano sistematico, della previsione di cui all'art. 32, 2° comma, c.p.a. A ben vedere, infatti, tale norma fondamentale recepisce, in sede legislativa, nel processo amministrativo il principio, di matrice giurisprudenziale, della conversione delle azioni[81]. Conversione dell'azione che costituisce manifestazione del potere del giudice di individuare la domanda[82] e quindi, come

[77] Cfr. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele* (1987), in NIGRO, *Scritti*, vol. III, cit., p. 1946 che significativamente, scrive: «*.... bisogna dire che Miele ... si rivela subito completamente fuori dalla pandettistica e dall'influenza del diritto privato*».

[78] In tal senso MIELE, *Principi, cit.*, p. 173.

[79] Sull'invalidità degli atti processuali amministrativi è, tuttora, fondamentale la monografia di C.E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo,* Milano, 1983.

[80] In tal senso R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo,* 2^ Ed., Torino, 2017, pp. 716-719, che osservano: «*Se si concepisce la conversione come un atto interpretativo che consente di evidenziare la vera natura del provvedimento, essa può trovare accoglimento nel diritto amministrativo... Nel caso di conversione l'amministrazione identifica in una fattispecie che sarebbe invalida se riferita ad un provvedimento di un certo tipo, un provvedimento valido ove inteso come provvedimento differente, che abbia però una funzione analoga all'altro, in altri termini che sia idoneo a curare interessi pubblici omogeneii, sia pure non proprio identici*».

[81] Sul tema, cfr. il recente saggio di A. CARBONE, *La conversione dell'azione,* in M. A. SANDULLI, *Il giudizio amministrativo,* Napoli, 2024, pp. 517-524.

[82] S. SATTA, *Diritto processuale civile,* Padova, 1967, p. 192: «*...la domanda, se è un atto di autonomia del soggetto per quel che riguarda il suo potere di disporre, è tuttavia un atto non libero nel suo contenuto, ma determinato dal fatto costitutivo al quale si ricollegano gli effetti giuridici invocati. Ciò che individua la domanda non è già la volontà dell'attore, ma quel fatto nei limiti di quegli effetti*». Prosegue il maestro: «*Il contenuto dell'atto non va pertanto cercato nella volontà dell'attore ma nella sua obiettiva realtà: non escludendosi peraltro che la volontà dell'attore possa avere qualche considerazione, non come oggetto di interpretazione, ma come elemento di individuazione dell'atto*».

ISSN 2036-7821

avrebbe affermato un insegnamento molto autorevole[83], del potere del giudice amministrativo di interpretare il ricorso. In concreto, la conversione può salvare il ricorso non soltanto dalla declaratoria d'inammissibilità ma anche dal rigetto della domanda di nullità per asserita violazione e/o elusione del giudicato per infondatezza nel merito. Come è noto, l'art. 32, 2° comma, c.p.a., stabilisce: «*Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali*». Aggiunge, inoltre, la norma: «*Sussistendone i presupposti il giudice può* ***sempre disporre*** *la conversione delle azioni*». L'espressione «*...può sempre disporre la conversione...*» impone, a nostro avviso, all'interprete di concludere che, una volta accertata la sussistenza, in concreto, dei presupposti, la conversione possa sempre essere disposta dal giudice senza alcuna limitazione. Sotto questo profilo è altamente significativo che la giurisprudenza più recente[84] ha ritenuto ammissibile la conversione dell'azione di ottemperanza nell'azione di annullamento del provvedimento per vizi di legittimità anche nell'ipotesi di avvenuta decorrenza del termine di impugnativa di sessanta giorni disponendo d'ufficio la rimessione in termini per errore scusabile,, ai sensi dell'art. 37 c.p.a., in conseguenza di oggettive

[83] Scriveva, significativamente, NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso* (1975), ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, Tomo II, Milano, 1996, p. 1121: «*Bisognerebbe che, nella individuazione del motivo di ricorso, il giudice amministrativo si riconoscesse un potere di interpretazione di integrazione, di emenda della censura proposta con il ricorso, molto più ampio e penetrante di quel che non sia la possibilità, che oggi soltanto si riconosce, di supplire alla mancata indicazione del testo normativo e di rettificare l'indicazione errata*».

[84] Il riferimento è a Cons. Stato (Sezione Quinta) 27/03/2024, n. 2883, che così, significativamente, statuisce: «*...ferma l'inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza, l'azione di esecuzione del giudicato va convertita in azione di annullamento del provvedimento per vizi di legittimità, rientrante nella giurisdizione amministrativa ordinaria di legittimità, secondo i principi affermati con la pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 2 del 2013: «in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione. Ciò appare consentito dall'art. 32, co. 2, primo periodo, c.p.a., in base al quale "il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali", e la conversione dell'azione è ben possibile – ai sensi del secondo periodo del medesimo comma – "sussistendone i presupposti". Ciò peraltro presuppone che tale azione sia proposta non già entro il termine proprio dell'actio iudicati (dieci anni, ex art. 114, co. 1, cui rinvia l'art. 31, co. 4, c.p.a.), bensì entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 c.p.a.: il rispetto del termine decadenziale per la corretta instaurazione del contraddittorio è reso necessario, oltre che dalla disciplina del giudizio impugnatorio, anche dall'espresso richiamo alla necessità di sussistenza dei "presupposti" (tra i quali occorre certamente comprendere il rispetto del termine decadenziale), effettuato dall'art. 32, co. 2, c.p.a.» (punto 4 della parte in diritto). 14. Considerato, inoltre, che la cognizione dell'azione di annullamento è riservata alla competenza (funzionale e inderogabile, ai sensi dell'art. 14, comma 3 e degli articoli art. 119 e 120 del c.p.a.) del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente, va disposta conseguentemente la riassunzione del giudizio innanzi al T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, previa concessione della rimessione in termini per errore scusabile; rimessione che, ai sensi dell'art. 37 c.p.a., può essere concessa anche d'ufficio dal giudice e che, nella specie, va certamente concessa in relazione alle oggettive ragioni di incertezza derivanti dalle norme processuali che segnano (dovrebbero segnare) il discrimine tra azione di ottemperanza e azione di cognizione ordinaria con riguardo alla contestazione del provvedimento adottato nella fase successiva alla formazione del giudicato (provvedimento che -si osservi - nel caso in esame è stato adottato proprio in asserita esecuzione del giudicato: cfr. la motivazione della determinazione n. 251 del 25 marzo 2023).Il giudizio, pertanto, deve essere riassunto, pena l'estinzione ai sensi dell'art. 35, comma 2, lettera a) del c.p.a., nel termine perentorio di trenta giorni dalla notifica della presente sentenza oppure entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione».*

ISSN 2036-7821

ragioni di incertezza derivanti dalle norme processuali con riguardo alla contestazione del provvedimento adottato nella fase successiva alla formazione del giudicato. Ed invero, qualora si opinasse diversamente, ponendo in essere una interpretazione restrittiva della norma, la locuzione "*sempre*" di cui all'art. 32, 2° comma, c.p.a., verrebbe arbitrariamente privata di ogni senso. Non appare, pertanto, sotto tale specifico profilo, condivisibile sul punto l'impostazione seguita dall'Adunanza Plenaria[85] con la su richiamata sentenza n. 2/2013. Sentenza che, al contrario, circoscrive l'ambito della conversione alla sola ipotesi del giudice dell'ottemperanza che, adito col ricorso per nullità per violazione e/o elusione del giudicato, intendendone dichiarare l'inammissibilità o anche l'infondatezza nel merito, disponga la conversione dell'azione di nullità in azione di annullamento ritenendo che l'atto, che il ricorrente aveva sospettato di elusività del giudicato, possa essere soltanto annullabile per mera illegittimità. In altre parole, l'Adunanza Plenaria ha escluso la reciproca possibilità, ammessa, al contrario, dalla precedente dottrina e giurisprudenza[86], per il giudice di cognizione, adito con la ordinaria azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), di disporre la conversione di detta azione in nullità per violazione e/o elusione del giudicato. Ha statuito sul punto l'Adunanza Plenaria che: «*Ai sensi dell'art. 32, comma 2, primo periodo c.p.a., la conversione dell'azione può essere disposta dal giudice dell'ottemperanza e non viceversa perché solo questo giudice, per effetto degli articoli 21 septies L. 7 agosto 1990, n. 241 e 114, co. 4, lett. b) c.p.a., è competente, in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato, per l'accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione del giudicato, e dunque - come si è già evidenziato - della più grave delle patologie dalle quali gli atti suddetti possono essere affetti*».

Orbene, l'argomento addotto, come si è ora visto, per escludere la reciprocità della conversione, non appare, invero, per nulla decisivo. A ben vedere, infatti, di fronte alla proposizione di un'azione di annullamento, che però dovesse contenere, in sé, censure di violazione o elusione del giudicato, possono aversi, in concreto, due eventualità: o il TAR, adito in primo grado, è anche competente per l'ottemperanza, avendo pronunziato esso stesso la precedente sentenza di accoglimento del ricorso, e, allora, il problema sollevato *ad excludendum* dall'Adunanza Plenaria non sussisterebbe affatto. E ciò in quanto, pacificamente, lo stesso TAR sarebbe da ritenersi competente non soltanto a disporre la conversione del ricorso di annullamento in giudizio di ottemperanza ma anche a giudicare nel merito sulla convertita azione di nullità per elusione e/o violazione del giudicato.

[85] Su tale giurisprudenza E. MARINO, *Conversione e rapporto tra le azioni,* in E. FOLLIERI, A. BARONE, I p*rincipi vincolanti,* cit., pp. 670 ss..

[86] Su tate fondamentale giurisprudenza è tuttora attuale il saggio di P.M. VIPIANA, *Spunti a proposito della reciproca conversione fra ricorso per ottemperanza e ricorso ordinario di mera legittimità,* in *Dir. Proc. Amm*., 1990, p. 254 e ss..

ISSN 2036-7821

Ma esaminiamo l'altra eventualità, in cui il giudice competente per l'ottemperanza fosse, in unico grado, il Consiglio di Stato, avendo questi accolto il ricorso che in primo grado era stato respinto, o anche solo modificato la sentenza del TAR in senso più favorevole al ricorrente. Orbene è chiaro che, in tale ipotesi, il TAR, adito in sede di ricorso di annullamento, potrebbe comunque, ritenuta la sussistenza dei presupposti per la conversione, rimettere le parti dinanzi al Consiglio di Stato. Consiglio di Stato cui sarebbe, comunque, riservato il giudizio sulla nullità a seguito della rituale riassunzione della causa a cura del ricorrente. Ciò posto, emerge, e con estrema chiarezza, che l'Adunanza Plenaria non ha considerato un dato fondamentale derivante dalla dinamica stessa del processo amministrativo: che, cioè, la conversione dell'azione di nullità in ottemperanza in azione di annullamento, come anche quella opposta dell'azione di annullamento in ottemperanza, implica sempre una conversione del rito. Orbene, la conversione dell'atto introduttivo, in una parola, dell'azione, implica sempre la conversione del processo; conversione del rito che non può compiersi *uno actu* ma richiede l'apertura di un incidente volto alla trasformazione del procedimento. Procedimento destinato a concludersi, in ogni caso, con la sentenza di merito del giudice competente a pronunciarsi sull'azione convertita.

5. Il Commissario ad acta: l'esigenza di terzietà del sostituto del giudice; conclusioni.

L'alternativa che si pone, nella prassi, al giudice dell'ottemperanza, rispetto alla possibilità di emanare la classica sentenza di merito, con cui il giudice si sostituisce direttamente alla P.A., inadempiente all'obbligo di conformarsi al giudicato, è, com'è noto, la nomina del commissario *ad acta.* Commissario che, originariamente, si atteggiava quale organo straordinario dell'Amministrazione mentre, invece, oggi, il Codice lo inquadra fra gli ausiliari del giudice. Stabilisce, infatti, l'art. 21, c.p.a.: «*Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2*». Tale norma codicistica, com'è noto, riconosce alle parti la possibilità di ricusare gli ausiliari del giudice per i motivi di cui all'art. 51 c.p.c. L'art. 21 c.p.a. conferis' all'istituto del commissario *ad acta,* che costituisce un *munus* inventato dalla giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato nell'ambito dell'ottemperanza, una portata generale. Ed infatti, ai sensi dell'art. 34, lett. e), il commissario può essere nominato «*...anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*». In questa sede, però, dobbiamo soffermarci sul commissario *ad acta* come istituto classico del giudizio di ottemperanza. Riguardata sotto questo profilo, in realtà, la posizione di ausiliario del giudice sta stretta al commissario *ad acta.*

A ben vedere, l'inquadramento del commissario *ad acta,* nell'ambito degli ausiliari del giudice, va bene sotto il profilo soggettivo in quanto viene discrezionalmente

ISSN 2036-7821

nominato dal collegio giudicante *intuitu personae* nel quadro di tutte le categorie di funzionari pubblici, anche tecnici, oppure tra i magistrati a riposo. Va detto, peraltro, che spesso, tuttora, il giudice amministrativo si rivolge ai prefetti, non necessariamente a quello competente per territorio Il Consiglio di Stato[87], infatti, si è avvalso del Prefetto di Roma, ad esempio, in una importante controversia che investiva il Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica. In una sentenza[88] di ottemperanza ad un giudicato del giudice ordinario il TAR Puglia Bari era nominato come commissario *ad acta* il Prefetto di Foggia malgrado fosse territorialmente competente il Prefetto di Barletta[89]. È sul piano oggettivo che può dirsi che, ben diversamente dal C.T.U. o del verificatore, il commissario riveste un ruolo di ben maggiore rilievo (essenzialmente anche sotto il profilo decisorio), in quanto, a differenza di tali periti, non si limita a compiere attività istruttorie che si concludono con una semplice relazione tecnica. Ed infatti il commissario *ad acta* è chiamato ad emanare, al posto del giudice, veri e propri provvedimenti con i quali si sostituisce alla P.A. inottemperante, ad es., rilasciando il permesso di costruire al ricorrente vincitore in sostituzione dell'Amministrazione comunale che aveva pronunciato un illegittimo diniego annullato in sede cognitoria. È chiaro, dunque, che, sul piano oggettivo, non di semplice ausiliario deve parlarsi ma di un delegato, di un *alter ego* del giudice sotto il cui controllo immanente è chiamato ad operare. E' essenziale ricordare che il superamento della vecchia tesi che considerava il commissario *ad acta* quale organo straordinario dell'amministrazione per inquadrarlo nell'ambito degli ausiliari del giudice è dovuto anch'esso sia alla Corte Costituzionale che alla giurisprudenza pretoria[90] del Consiglio di Stato. La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza n.

[87] Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. VI, 11.1.2016, n. 53 che così statuisce: «*in caso di permanente inottemperanza al decisum di cui alla sentenza n. 1584/2015 (per come ulteriormente chiarito e specificato dalla presente decisione), all'iscrizione in questione provvederà, su semplice richiesta dei ricorrenti, un commissario ad acta, che viene sin da ora individuato nel Prefetto di Roma, il quale vi provvederà, con facoltà di delega entro i successivi 30 giorni*».

[88] TAR Puglia Bari Sez. I, 6.10.2016, n. 1184 che così statuisce: «*dispone che, ove l'amministrazione non ottemperi a quanto sopra entro il termine di giorni 30 dalla notificazione, se anteriore, dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione, a tanto provveda, nella qualità di commissario ad acta, il Prefetto di Foggia, o so delegato, al quale è demandato il compimento degli adempimenti di cui sopra, su specifica istanza di parte e nell'ulteriore termine di trenta giorni a decorrere dalla presente istanza*».

[89] La competenza, nella fattispecie, sarebbe stata del Prefetto di Barletta atteso che l'amministrazione inottemperante era l'Unione dei Comuni del Tavoliere Meridionale che ricomprende i comuni di Trinitapoli, San Ferdinando di Puglia e Margherita di Savoia attualmente rientranti tutti e tre nella Provincia di Barletta-Andria-Trani (BT) la cui Prefettura ha sede in Barletta.

[90] Il carattere pretorio di tale svolta giurisprudenziale che condusse a definire il commissario *ad acta,* anziché come organo straordinario dell'amministrazione inadempiente, come organo del giudice amministrativo di ottemperanza venne riconosciuto da A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative (1983),* ora in A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici, V. Diritto Amministrativo,* Napoli, 1990, p. 746, che autorevolmente osserva: «*Si tratta di una soluzione di tipo pragmatico e pretorio, la quale non ha base nel diritto scritto, e anzi appare difficilmente conciliabile con gli stessi principi, non essendo consentito ai pubblici poteri, e ancor meno ai giudici, di farsi sostituire – laddove la legge non lo autorizzi – né da altri organi, né da persone estranee all'organizzazione dei poteri stessi. Essa si è tuttavia*

ISSN 2036-7821

15/1977 ritenne che al giudice amministrativo in sede di ottemperanza non sarebbe stato «*...possibile disconoscere, nell'esercizio dei poteri giurisdizionali attribuitigli dall'art. 27, n. 4, del testo unico n. 1054 del 1924, una prudente discrezionalità, sia nel determinarsi per l'uno o per l'altro mezzo di esecuzione del giudicato, sia nella scelta (eventuale) del commissario ovvero dell'organo al quale demandarla: che potrà essere come non essere, secondo le circostanze, l'organo di controllo, senza che, in questa seconda ipotesi, sia configurabile una lesione di competenze regionali, svolgentisi su piani diversi*». Forte di tale pronuncia della Corte Costituzionale, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 23 del 14/07/1978 (Est. Calabrò)[91] affermò che gli atti emessi in luogo del giudice amministrativo dal commissario ad *acta* da lui nominato sono «*...sottoposti all'immanente controllo del giudice dell'ottemperanza*». Su tale base l'Adunanza Plenaria affermò che il commissario *ad acta* è «*...un organo del giudice dell'ottemperanza, sia che questi lo scelga direttamente sia che la scelta passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato dal giudice di procedere alla nomina*». Il commissario è, più esattamente, un sostituto del giudice[92]. In tal senso si espresse, soffermandosi sulla predetta svolta giurisprudenziale, autorevole dottrina in tal modo differenziando la figura del commissario *ad acta* da quella del perito allora previsto, proprio dagli artt. 27 e 31 del regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato n. 642/1907.
Il legislatore del 2010 ha pienamente recepito tale autorevole insegnamento in quanto, pur inserendo la disciplina del commissario *ad acta* nell'ambito del Capo VI del Titolo I del Libro I del codice, la cui rubrica è intitolata «*Ausiliari del giudice*», all'art. 21 stabilisce: «*Nell'ambito della propria giurisdizione il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20 comma 2*». Da tale norma si arguisce che il giudice si avvale del commissario non per ottenere dal medesimo una mera consulenza ma per sostituirsi

consolidata come ius receptum, accettata non solo ai massimi livelli della giustizia amministrativa, ma (sia pure incidenter) dalla stessa Corte Costituzionale».

[91] In Rass. Cons. Stato, 1978, I, pp. 938 ss.. Sul significato di tale fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria, è essenziale ricordare il saggio dell'Estensore C. CALABRO', *Il giudizio di ottemperanza,* in *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato,* Vol. III, Roma, 1981, pp. 2007-2079.

[92] Cfr. A.M. SANDULLI, *Effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative,* cit., pp. 746-747, che, significativamente, osserva: «*Così come lo configura l'attuale corso giurisprudenziale, il commissario non è però un semplice consulente del giudice, del tipo del funzionario tecnico incaricato di redigere le perizie da lui disposte (artt. 27 e 31 reg. proc. CdS). E' investito infatti dal giudice addirittura della potestà di svolgere – in sua vece – le istruttorie e adottare i provvedimenti che – utilizzando la propria esperienza – ritenga appropriati per dare attuazione alla sentenza da portare ad effetto non è un organo del giudice, non avendo questo il potere di istituire nuovi organi, e non è neppure uno degli ausiliari del giudice noti alla tipologia processualistica, essendogli attribuiti compiti cognitori, decisionali e operativi altrimenti di spettanza del giudice. Questo funzionario – traslato dall'area dell'Amministrazione (nella quale la figura era nata) – in quella della giurisdizione – è invece un sostituto del giudice; e i provvedimenti da lui adottati, pur non assumendo il carattere di atti giurisdizionali, non possono non essere considerati tuttavia paragiurisdizionali o, se si preferisce, sub giurisdizionali. Quest'ultimo concetto si è voluto evidentemente esprimere quando è stato detto che essi sono "sottoposti all'immanente controllo del giudice" (sent. 23/1978, cit.). Né si osservi che le indicazioni appena formulate sono a malapena descrittive. La realtà alla quale ci ha messi di fronte la novità pretoria delle giurisprudenza non si fa calare facilmente negli schemi degli istituti tradizionali*».

ISSN 2036-7821

all'amministrazione nell'emanazione degli atti che a questa competono per conformarsi al giudicato. Che tale sia la disciplina codicistica vigente in materia è dimostrato dall'art. 114, 6° comma, c.p.a. che, come è noto, stabilisce: «*Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinari*».

Dall'esame di tale norma emerge con estrema chiarezza che il commissario *ad acta* ha la competenza di emanare nell'ambito dell'incarico ricevuto dal giudice tutti gli atti necessari per sostituirsi all'amministrazione nell'assolvimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato. L'ultimo comma che prevede la possibilità per il terzo estraneo al giudicato di impugnare detti con l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 29 c.p.a., riveste una rilevanza decisiva sul piano sistematico in quanto pone gli atti emanati dal commissario *ad acta* sullo stesso piano di quelli emanati dal giudice. Ne discende che è da ritenersi totalmente superata la tesi, sostenuta da una parte della dottrina *ante codicem*[93], secondo cui il commissario *ad acta* avrebbe dovuto, all'esito dell'espletamento del proprio mandato, sottoporre al giudice dell'esecuzione gli schemi dei provvedimenti amministrativi necessari per eseguire il giudicato. Ed infatti, se l'atto del commissario, ai sensi dell'art. 114, 6° comma, c.p.a. è reclamabili dinanzi al giudice che lo ha nominato, è evidente che il legislatore ha escluso la necessità del commissario di sottoporre previamente all'approvazione del giudice il provvedimento da emanare per ottemperare alla sentenza di cognizione. Di qui la netta distinzione, chiaramente desumibile da un esame sistematico della disciplina codicistica, fra il commissario *ad acta*, competente ad emanare veri e propri provvedimenti in sostituzione del giudice, e le figure del verificatore e del consulente tecnico d'ufficio, il cui incarico peritale viene svolto con la presentazione di una relazione le cui conclusioni sono sottoposte al prudente apprezzamento del giudice. Sul piano della prassi applicativa, tale conclusione trova ulteriore conforto dalla stessa giurisprudenza amministrativa che riconosce al commissario *ad acta* il potere di nominare un proprio consulente tecnico d'ufficio. Se, pertanto, il commissario *ad acta*

[93] In tal senso, cfr. V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza art. 114,* in *Quaranta e Lopilato* (a cura di) *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010,* Milano, 2011, pp. 901-902, che, significativamente, osserva: «*Appare opportuno, infine, aggiungere che, secondo un certo orientamento (L. MAZZAROLLI) anteriore all'emanazione del Codice, il commissario non avrebbe potuto porre in essere l'attività finale idonea a risolvere la controversia, ma avrebbe dovuto, all'esito dell'espletamento dei compiti affidatigli, sottoporre al giudice dell'esecuzione le soluzioni che dovrebbero essere adottate, compresi gli schemi di eventuali provvedimenti amministrativi. Questo percorso processuale, nel silenzio della nuova normativa, non può essere seguito in quanto rischierebbe di aggravare il procedimento senza aggiungere garanzie per le parti: si è rilevato come l'attività del commissario si rivolge sotto il costante controllo del giudice dell'esecuzione a cui spetta anche il compito di definire qualunque incidente di esecuzione*».

ISSN 2036-7821

può avvalersi di propri ausiliari ne discende che esso riveste nel processo amministrativo una posizione più vicina al giudice rispetto a quella del verificatore e del c.t.u. potendosi avvalere di questi ultimi per l'espletamento del proprio incarico. Solo, infatti, la posizione di *longa manus* del giudice, rivestita dal commissario *ad acta*, può giustificare il riconoscimento al medesimo del potere di avvalersi di propri consulenti tecnici[94] previa autorizzazione resa con ordinanza collegiale dal giudice che l'ha nominato. Peraltro, autorevole dottrina[95] ha rilevato, non da oggi, che analoga

[94] In tal senso, TAR Campania, Napoli, Sezione V, ord. coll. 30/10/2013 n. 4847, in cui significativamente si legge: «*VISTA l'istanza depositata in data 15 agosto 2013 dal Commissario ad acta; VISTA la sentenza n. 3462 del 17 luglio 2012 di questa Sezione; VISTO il verbale della Camera di Consiglio del 17 ottobre 2013; CONSIDERATO di dover senz'altro condividere i motivi addotti dal Commissario ad acta per essere affiancato, quale suo ausiliario, da un consulente tecnico, riconducibili alla peculiare natura tecnica dell'incarico ricevuto, nella parte in cui l'esecuzione della sentenza de qua comporta (anche) la determinazione del valore del bene ed il risarcimento del danno da liquidarsi alla parte ricorrente; PRESO ATTO che le parti presenti alla Camera di Consiglio non si oppongono alla suddetta richiesta; RITENUTO, pertanto, di dovere autorizzare il Commissario ad acta ad avvalersi, su sua indicazione e senza che, al riguardo, consti di alcuna causa ostativa, per lo svolgimento dell'incarico conferitogli, della consulenza tecnica dell'arch. Angelo Napolitano - iscritto all'Albo degli Architetti della Provincia di Napoli dal 21.5.199 - nato a Nola (NA) il 21.10.1964, con studio in Casamarciano (NA), alla Via Pizzone, n. 48, P. co Giordano Bruno, C.A.P.80032, e la cui attività sarà remunerata, con separato provvedimento, previa esibizione di regolari fatture; RAVVISATO di dover assegnare al Commissario ad acta il termine di mesi cinque dalla comunicazione e/o notificazione della presente ordinanza per il compimento dell'incarico commissariale. P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Quinta Sezione, accoglie l'istanza in epigrafe e, per l'effetto, autorizza il Commissario ad acta in motivazione indicato ad avvalersi, per l'espletamento dell'incarico conferitogli, relativamente all'esecuzione della sentenza n. 3462 del 17 luglio 2012 di questa Sezione, del tecnico pure in motivazione indicato ed assegna il termine di mesi cinque per il completamento dell'incarico de quo*».Tale ordinanza è stata condivisa dal Consiglio di Stato (Sezione Quarta) con la sentenza n. 2141/2018 che si riferisce esplicitamente «*...alla nomina di un nuovo consulente quale ausiliario del commissario ad acta...*». Osserva, inoltre, significativamente la Quarta Sezione del Consiglio di Stato nella motivazione della stessa sentenza n. 2141/2018 «*10.1. Il Comune si diffonde, in primo luogo, sull'ambito del mandato conferito all'ing. Palermiti nonché sul fatto che questi si sarebbe sentito obbligato ad utilizzare i risultati e i dati esposti nella relazione dell'arch. Napolitano. Occorre tuttavia considerare che, proprio il fatto che i consulenti del commissario non fossero stati direttamente vincolati dal giudice ad uno specifico modus procedendi (essendo appunto consulenti non del giudice ma del commissario ad acta) implica che il procedimento dagli stessi seguito in concreto non rilevi ex se ma solo in quanto funzionale al corretto espletamento delle indagini e valutazioni loro demandate. Al fine di contestare le conclusioni cui è pervenuto l'ing. Palermiti era quindi onere del Comune non già dedurre indizi circa l'animus con cui questi ha affrontato le operazioni peritali, bensì fornire, nel caso, elementi obiettivi idonei a dimostrarne l'inattendibilità*». E' significativa che il Consiglio di Stato abbia, una volta riconosciuto al Commissario *ad acta* il potere di avvalersi di propri consulenti tecnici nell'espletamento dell'incarico affidatogli, nettamente distinto la figura del consulente tecnico dello stesso commissario rispetto a quella del c.t.u. nominato direttamente dal giudice, attesa la maggiore elasticità riconosciuta al consulente tecnico nominato dal commissario *ad acta* sul piano procedurale nell'espletamento delle operazioni peritali rispetto alla disciplina di cui all'art. 67 c.p.a. relativa all'espletamento della c.t.u. da parte del consulente nominato direttamente dal giudice.

[95] Cfr. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico* (1979), ora in NIGRO, *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1373: «*Il codice di procedura civile colloca il notaio fra gli ausiliari del processo (art. 68) insieme con il consulente tecnico (art. 61), il custode (art. 65), gli esperti (art. 66) ma fra il notaio e gli altri ausiliari vi è una profonda diversità: gli altri ausiliari sono soggetti privati investiti*

ISSN 2036-7821

distinzione deve compiersi nell'ambito del processo civile nel quale la categoria stessa degli ausiliari del giudice è stata introdotta col vigente codice del 1940. Sul punto, va ricordato che un autorevole insegnamento[96], non da oggi, ha affermato che il termine "ausiliario del giudice" non ha in realtà alcun valore tecnico e non può quindi essurgere a definizione di un organo. Definizione che può essere data soltanto con riguardo alle concrete funzioni che l'organo è chiamato a svolgere. Com'è noto, infatti, in tale categoria sono state inquadrate le figure più disparate: dal c.t.u. all'interprete, al custode o anche al notaio chiamato dal giudice a svolgere alcune attività processuali. Epperò la dottrina[97], non da oggi, ha rilevato che la posizione del notaio incaricato di stipulare l'atto di divisione, in esecuzione della sentenza che dispone doversi procedere alla divisione giudiziale di un immobile, non è un mero ausiliario ma un sostituto del giudice.

Orbene, se questo è vero per il notaio nel processo civile, a maggior ragione, appare indiscutibile per il commissario *ad acta* nel processo amministrativo. E ciò in quanto mentre il notaio, assumendo la direzione delle operazioni divisionali, svolge compiti di mera applicazione della legge, al contrario, il commissario *ad acta*, pur nell'ambito delle direttive derivanti, innanzitutto, dalla sentenza di cognizione, che è chiamato ad eseguire, e, inoltre, della stessa sentenza di ottemperanza, il più delle volte, esercita compiti di tipo discrezionale o, quanto meno, caratterizzati da discrezionalità tecnica. Si pensi soltanto all'ipotesi del Commissario *ad acta* chiamato a stipulare la convenzione di lottizzazione con i proprietari in luogo dell'amministrazione comunale inadempiente. Una volta delineato il ruolo del Commissario *ad acta* quale sostituto, quale "*longa manus*" del giudice, appare in tutta la sua gravità il problema, tuttora irrisolto, dell'imparzialità (*rectius:* della terzietà) del commissario *ad acta.* Ancora oggi, infatti, il giudice amministrativo, sovente, soprattutto quando la parte soccombente è un'amministrazione statale, spesso nomina commissario *ad acta* lo stesso direttore generale del Ministero che deve eseguire il giudicato.

---

occasionalmente e puntualmente di un compito paragiurisdizionale. Il notaio entra invece nel processo per quello che è e fa fuori del processo».

[96] In tal senso, cfr. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile,* Vol. I, Disposizioni generali, Ristampa, Milano, 1966, p. 220 che, significativamente, osserva: «*In realtà il termine di ausiliare non ha alcun valore tecnico, e non può quindi essere questa qualifica assunta a definizione di un organo. La definizione può essere data solo in relazione alle concrete funzioni che l'organo svolge».*

[97] Cfr. NIGRO, *Il notaio,* cit., p. 1374, che osserva: «*L'altra caratteristica, la quale concreta anch'essa una profonda diversità fra il notaio e gli altri ausiliari del processo, è che questi assistono il giudice (artt. 61, 65, 68), mentre al primo, e solo a lui è commesso il compimento di determinati atti (art. 68). Quella del notaio è così sempre e soltanto attività di sostituzione del giudice (art. 212 per l'ispezione di libri di commercio e di registri e, soprattutto, art. 786 per la direzione di operazioni di divisione) nel compimento di atti che, appunto per questo, sono atti in sè e per sè giuridici e capaci di effetti giuridici; gli altri ausiliari svolgono attività materiali e tecniche di sussidio degli organi processuali, le quali o il crisma della giuridicità acquistano quasi a posteriori, per il riflesso della giuridicità degli atti di quegli organi e condizionatamente all'approvazione che essi ne facciano, per la virtù semplicemente formale dell'involucro processuale in cui sono avvolti».*

ISSN 2036-7821

Invero, l'art. 19, 2° comma, c.p.a., prevede l'estraneità alle parti del verificatore e del c.t.u.. Manca, invece, una norma esplicita per quanto concerne il commissario *ad acta.* Va detto, però, che l'art. 21 c.p.a., la cui rubrica è intitolata «*Commissario ad acta*», stabilisce: «*Si applica l'art. 20, comma 2*».L'art. 20, comma 2°, c.p.a., a sua volta stabilisce: «*Il consulente, o il verificatore, può essere ricusato dalle parti per i motivi indicati nell'articolo 51 del codice di procedura civile. Della ricusazione conosce il giudice che l'ha nominato*». Come è noto, l'art. 51, 1° comma, c.p.c., innanzi richiamato, precisa: «*Il giudice ha l'obbligo di astenersi: a) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto...*». Alla luce di tale norma, è evidente che il Dirigente dell'amministrazione soccombente nominato Commissario *ad acta,* una volta acclarata l'applicabilità di tale norma anche per detto ausiliario, in virtù del rinvio di cui all'art. 20 c.p.a., ha l'obbligo di astensione. Pertanto, il dirigente nominato commissario *ad acta*, malgrado appartenga alla stessa amministrazione soccombente su cui grava l'obbligo di conformarsi al giudicato, potrebbe essere ricusato in quanto, anche se l'interesse che ha nella causa è di tipo meramente istituzionale e non personale, è sempre tale da imporgli l'obbligo di astensione atteso l'evidente stato di incompatibilità in cui versa nel giudizio di ottemperanza. La perdurante prassi di nominare commissarii *ad acta* gli stessi dirigenti ministeriali competenti ad eseguire il giudicato ha prodotto, nell'interpretazione delle norme processuali amministrative, una vera e propria antinomia fra la mancata esplicita previsione dell'estraneità alle parti del commissario *ad acta* da parte del 1° comma dell'art. 21 c.p.a. e la previsione della ricusabilità del commissario[98] per i motivi di cui all'art. 51 c.p.c., richiamato *per relationem,* da parte del 2° comma dello stesso art. 21 c.p.a..[99] Peraltro, atteso il ruolo di sostituto del giudice[100], e non di mero perito quale

[98] Nello stesso senso, va richiamata l'autorevole opinione di A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo,* II Ed., Napoli, 2023, p. 276, secondo cui: «*Il riconoscimento della natura ausiliaria del Commissario ad acta si ripercuote sui requisiti necessari ai fini dell'espletamento dell'incarico. In particolare, l'esigenza di trovarsi al cospetto di un organo terzo e imparziale legittima l'estensione nei suoi confronti delle cause di ricusazione indicate dall'art. 51 c.p.c. relativamente alle figure del verificatore e del consulente tecnico (art. 21, secondo periodo, c.p.a.)*».

[99] M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa,* Bologna, 2021, pp. 299-300, secondo cui: «*Si è affermata così progressivamente la tesi che il Commissario ad acta costituisca un ausiliario del giudice, assimilabile per certi aspetti al consulente tecnico del quale si può avvalere ora anche il giudice amministrativo... Il dibattito può considerarsi oggi chiuso poiché l'art. 21 del codice definisce il Commissario come un ausiliario del giudice al quale si applicano anche le regole sulla ricusazione poste dall'art. 51 del codice di procedura civile (richiamato dall'art. 20, comma 2, a sua volta richiamato dall'art. 21). In quanto delegato dal giudice, il Commissario deve attenersi alle indicazioni fornite dalla sentenza emanata dal giudice dell'ottemperanza e svolge la propria attività sotto il controllo immanente (Consiglio di Stato, Ad. Plen. 10 maggio 1978, n. 23)*».

[100] Scrive, significativamente, A. TRAVI, *Lezioni sul processo amministrativo,* 15^ Ed., Torino, 2023, p. 404: «*Il codice del processo amministrativo ha preso posizione su alcuni punti concreti, che sembrano significativi anche su un piano più generale. Infatti: - ha considerato anche il commissario "ad acta" nel capo del libro primo dedicato agli ausiliari del giudice (art. 21) e ha chiarito che nei suoi confronti valgono gli stessi motivi di ricusazione previsto per il consulente tecnico (che a sua volta è tipicamente un ausiliare del giudice). Il codice, pertanto, ha affermato nei confronti del commissario criteri specifici di autonomia e terzietà rispetto alle parti; essi, invece, sembravano passare in secondo piano, in particolare, nella concezione che qualificava il commissario come organo straordinario dell'amministrazione. Il codice assegna un rilievo centrale all'imparzialità del commissario e su questo carattere va ricostruita oggi la figura in esame*».

ISSN 2036-7821

è, invece, indubbiamente, il c.t.u. ed anche il verificatore, deve ritenersi che per il commissario *ad acta* valga, sul punto, l'argomento ermeneutico *a maiori.*Com'è noto, il commissario *ad acta* esercita le proprie competenze in luogo del giudice. Giudice che, peraltro, nel giudizio di ottemperanza è investito dall'art. 134, 1° comma, lett. a), di una cognizione estesa al merito. Il giudice dell'ottemperanza, infatti, può pronunciare una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo doveroso in forza del giudicato che l'amministrazione si era rifiutata di emanare, ad es. proclamando il vincitore in un concorso universitario in luogo della commissione giudicatrice inadempiente. Orbene, tale competenza normalmente viene delegata al commissario *ad acta* che può operare con una maggiore elasticità. Trattasi comunque di competenza che il commissario esercita in forza di una investitura ricevuta dal giudice per cui, a maggior ragione, deve valere nei suoi confronti l'antica regola *iuris* secondo cui «*Nemo iudex in causa propria*»[101].

[101] L'assoluta inderogabilità di tale fondamentale principio appare indiscutibile nel processo amministrativo alla luce dell'art. 6 della CEDU. Sul tema, L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo,* in *Dir. Proc. Amm.* – 3/2019, pp. 731-757.

ISSN 2036-7821