



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXII ciclo

Tesi di Dottorato

**L'ESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO
NELL'ESPERIENZA ITALIANA E TEDESCA:
LE SOLUZIONI AL PROBLEMA DELL'INOTTEMPERANZA**

Relatore

Prof. Daria de Pretis

Dottorando

Federico Secchi

anno accademico 2008-2009



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidato: Federico Secchi

**L'ESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO
NELL'ESPERIENZA ITALIANA E TEDESCA:
LE SOLUZIONI AL PROBLEMA DELL'INOTTEMPERANZA**

Relatore: Prof. Daria de Pretis

Anno Accademico 2008-2009

Curriculum di Scienze pubblicistiche

XXII ciclo

Esame finale: 09/04/2010

Commissione esaminatrice:

Prof. Gianluca Gardini, Università di Ferrara

Prof. Laura Montanari, Università di Udine

Prof. Giampaolo Parodi, Università di Pavia

A Michela e ai miei genitori

RINGRAZIAMENTI

Un particolare ringraziamento va alla Prof. Daria de Pretis, che mi ha seguito durante il dottorato.

Un pensiero riconoscente va, inoltre, al Prof. Peter Michael Huber, direttore dell'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Monaco, per il supporto prestato nella ricerca sull'ordinamento tedesco.

INDICE

Ringraziamenti.....	9
Indice delle principali abbreviazioni	15
Prefazione	19

PARTE I L'ESPERIENZA ITALIANA

Capitolo I

L'inesecuzione del giudicato amministrativo di annullamento:

il giudizio di ottemperanza	23
1. Il dovere di esecuzione della sentenza amministrativa: premesse generali.....	23
2. Il giudizio di ottemperanza quale garanzia di una tutela effettiva del cittadino.	32
2.1. Presupposti: la nozione di inadempimento all'obbligo di conformarsi al giudicato	37
2.2. Natura ed ampiezza dei poteri del giudice dell'ottemperanza: quadro generale.....	42
2.3. I poteri del giudice dell'ottemperanza nell'evoluzione giurisprudenziale	46
2.4. Poteri specifici del giudice dell'ottemperanza: casistica.....	50
2.5. I poteri sostitutivi indiretti: il commissario <i>ad acta</i>	60

Capitolo II

Il risarcimento del danno da inottemperanza.....	65
1. Danno da inadempimento del giudicato amministrativo di annullamento e sua autonomia rispetto al danno da attività provvedimento illegittima.....	65
2. Fondamento e natura della responsabilità da inadempimento del giudicato amministrativo	70
2.1. Segue: proponibilità della domanda risarcitoria avanti al giudice dell'ottemperanza	73
2.2. Segue: accertamento e liquidazione del danno	76

PARTE II
L'ESPERIENZA TEDESCA

Capitolo I

Le misure volte a prevenire la mancata esecuzione della sentenza amministrativa	81
1. Premesse	81
2. La determinazione degli effetti della sentenza	82
2.1. Azione di impugnazione e poteri direttivi del giudice: il c.d. " <i>Folgenbeseitigungsanspruch</i> "	84
2.1.1. Segue: la modifica dell'atto impugnato: la c.d. " <i>ergänzte Anfechtungsklage</i> "	90
2.2. Il contenzioso ingiuntivo: la c.d. " <i>Verpflichtungsklage</i> "	94
3. L'applicazione generalizzata della tutela cautelare	97
3.1. La sospensione degli effetti esecutivi.....	99
3.2. I provvedimenti provvisori a contenuto positivo.....	102

Capitolo II

Le misure coercitive: lo <i>Zwangsgeld</i> (§ 172 <i>VwGO</i>).....	107
1. L'esecuzione coattiva della sentenza amministrativa in generale	107
2. Il modello compulsorio nell'esperienza tedesca: origini e natura dello <i>Zwangsgeld</i> come previsto dal § 172 <i>VwGO</i>	113
2.1. Ambito di applicazione: le sentenze sul provvedimento.	122
2.2. L'esecuzione degli obblighi di rendere prestazioni positive o negative.	129
2.2.1. Segue: la tesi dell'applicazione generalizzata del § 172 <i>VwGO</i>	132
2.2.2. Segue: la tesi intermedia della parziale applicabilità delle misure esecutive del <i>ZPO</i> ..	136
2.2.3. Segue: critiche alla tesi intermedia	149
2.2.4. Segue: la tesi prevalente dell'integrale applicabilità delle misure esecutive del <i>ZPO</i> ...	153
2.3. L'esecuzione dei provvedimenti cautelari positivi (§ 123 <i>VwGO</i>) e la tesi del "doppio binario" del <i>Bundesverfassungsgericht</i>	163
3. Presupposti per l'attivazione della procedura esecutiva ai sensi del § 172 <i>VwGO</i>	168
3.1. Minaccia, applicazione ed esecuzione dell'ammenda	170
4. I mezzi di tutela esperibili dalle parti	179
5. Il rapporto fra lo <i>Zwangsgeld</i> ed il risarcimento del danno da violazione del giudicato.....	181

PARTE III
MODELLI A CONFRONTO

Capitolo I	
Le soluzioni adottate In Italia, Germania e Francia.....	189
1. Le soluzioni adottate in Italia e Germania: le misure volte a prevenire l'inottemperanza	189
1.1. Segue: le misure volte a neutralizzare l'inadempimento all'obbligo di conformarsi al giudicato (<i>Zwangsgeld</i> , giudizio di ottemperanza, risarcimento del danno).....	195
2. Il modello francese quale ulteriore elemento di comparazione	204
2.1. Segue: <i>astreinte</i> e <i>Zwangsgeld</i> a confronto.....	213
 Conclusioni.....	 221
 Bibliografia	 225

INDICE DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

GERMANIA

AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss. jur.	Juristische Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
FBA	Folgenbeseitigungsanspruch
FGO	Finanzgerichtsordnung
GG	Grundgesetz
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NVwZ-RR	NVwZ-Rechtssprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RmBereinVpG	Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess v. 20.12.2001
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerwA	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz

FRANCIA

AJ	L'Actualité juridique
CDBF	Cour de discipline budgétaire et financière
CE	Conseil d'Etat
CJA	Code de justice administrative
DA	Droit administratif (Revue pratique de droit administratif jusqu'en 1961)
EDCE	Etudes et documents (Revue du Conseil d'Etat)
JCP	La Semaine juridique
Rec. Lebon	Recueil Lebon
RFDA	Revue française de droit administratif

ITALIA

Ad. Plen.	Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato)
Arch. civ.	Archivio civile
C.s.m.	Consiglio superiore della magistratura
Cass. civ.	Cassazione civile
Cons. giust. amm.	Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St.	Consiglio di Stato
Cons. Stato	Consiglio di Stato (periodico)
Corte Cost.	Corte Costituzionale
Cost.	Costituzione
Dig. Disc. pubbl.	Digesto discipline pubblicistiche
Dir. form.	Diritto e formazione
Dir. giust.	Diritto e giustizia
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
d.l.	decreto legge
d.lgs.	decreto legislativo
d.P.R.	decreto del Presidente della Repubblica
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur. it.	Enciclopedia giuridica italiana
Foro amm. CS	Foro amministrativo Consiglio di Stato
Foro amm. TAR	Foro amministrativo Tribunale amministrativo regionale
Foro amm.	Il Foro amministrativo
Foro it.	Il Foro Italiano
g.a.	giudice amministrativo
Giorn. dir. amm.	Giornale di diritto amministrativo
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana

Giust. civ. Mass.	Giustizia civile Massimario
Giust. civ.	Giustizia civile
Guida dir.	Guida al diritto
l.	legge
l.a.c.	legge di abolizione del contenzioso amministrativo
Nuovo dir.	Il Nuovo diritto
p.a.	pubblica amministrazione
r.d.	regio decreto
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Riv. dir. intern.	Rivista di diritto internazionale
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Riv. trim. dir. pubb.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Sez. Un.	Sezioni Unite (Corte di Cassazione)
T.a.r.	Tribunale amministrativo regionale
t.u.	testo unico
Urb. app.	Urbanistica e appalti

PREFAZIONE

Questo studio si propone di analizzare il problema dell'esecuzione della sentenza amministrativa passata in cosa giudicata, nell'esperienza italiana e tedesca, illustrando le soluzioni che i due ordinamenti hanno approntato per fronteggiare l'inottemperanza della p.a. agli obblighi da essa scaturenti.

Il primo, si lascia apprezzare per quel peculiare ed efficace rimedio di esecuzione surrogatoria – il c.d. giudizio di ottemperanza – preordinato a neutralizzare un inadempimento già concretizzatosi. Il secondo, appare, invece, più attento alla prevenzione di una possibile inottemperanza, attraverso la previsione di misure volte a facilitare – attraverso il chiarimento, già nella fase di cognizione, della portata della sentenza da eseguire e l'applicazione generalizzata della tutela interinale – l'esecuzione spontanea della p.a., circoscrivendo il meccanismo di esecuzione coattiva delle pronunce inadempite ad un rimedio di mediata coercizione, rappresentato dall'applicazione di misure patrimoniali nei confronti della p.a. inadempiente.

Il lavoro è articolato in tre parti.

La prima parte, dedicata all'esperienza italiana, consta di due capitoli.

Il primo introduce, preliminarmente, i concetti generali inerenti al dovere di esecuzione delle sentenze da parte p.a. ed alla nozione di inadempimento suscettibile di determinare l'instaurazione del giudizio di ottemperanza, per poi soffermarsi, anche attraverso un'analisi casistica, sui poteri del giudice di tale peculiare procedura.

Si è tralasciata la disamina di quegli aspetti più specificamente inerenti al rito non direttamente rientranti nell'indagine e, del resto, già ampiamente trattati in dottrina. Il secondo capitolo è, invece, imperniato sulla principale misura repressiva dell'inottemperanza, rappresentata dal risarcimento del danno da violazione del giudicato amministrativo e sulle questioni inerenti alla natura dell'illecito ivi correlato, nonché al riparto di giurisdizione sull'accertamento della relativa responsabilità risarcitoria.

La seconda parte, dedicata all'esperienza tedesca, si articola anch'essa in due capitoli: il primo dedicato ad un'analisi delle misure volte a favorire la spontanea esecuzione del giudicato da parte della p.a. con particolare riguardo ai poteri direttivi che il giudice amministrativo può spendere, a determinate condizioni, nell'ambito del processo di cognizione, in modo da guidare la successiva attività esecutiva della p.a; il secondo, relativo allo specifico meccanismo di coazione indiretta contemplato dall'ordinamento processuale amministrativo tedesco, il c.d. *Zwangsgeld*, ed alle problematiche legate alla possibile concorrenza, in taluni casi, fra il rimedio predetto e quelli previsti dal codice di procedura civile in punto di esecuzione forzata.

La terza ed ultima parte è, infine, deputata ad un'analisi comparativa fra i modelli precedentemente illustrati, estesa anche all'esperienza francese – esaminata in maniera più sommaria – quale ulteriore elemento di comparazione, anche in ragione delle affinità che la stessa presenta rispetto al sistema tedesco, relativamente alle soluzioni adottate rispetto al problema dell'esecuzione del giudicato.

PARTE I

L'ESPERIENZA ITALIANA

CAPITOLO I

L'INESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO

DI ANNULLAMENTO: IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

1. Il dovere di esecuzione della sentenza amministrativa: premesse generali

Il tema dell'esecuzione della sentenza amministrativa è stato analizzato nella dottrina e nella giurisprudenza soprattutto in relazione agli obblighi di esecuzione che derivano dalla sentenza di annullamento nell'ambito della giurisdizione di legittimità⁽¹⁾.

La nostra indagine, si appunterà, in principal modo, proprio sulle problematiche involgenti l'esecuzione del giudicato di annullamento per il caso di inottemperanza della p.a., con particolare riguardo ai poteri del giudice dell'ottemperanza.

Preliminarmente, è opportuno chiarire brevemente fondamento e portata degli obblighi di esecuzione della sentenza amministrativa da parte della mano pubblica, trattandosi di questioni che inevitabilmente si riverberano sul modo di intendere il giudizio di ottemperanza.

Per esecuzione della sentenza può intendersi, in via di prima approssimazione, la concreta attuazione della regola affermata nella pronuncia giurisdizionale, volta a garantire

⁽¹⁾ Avverte opportunamente, A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 4605 e *ivi* nota 2, come, in realtà, le sentenze del giudice amministrativo suscettibili di essere eseguite e portate ad esecuzione non sono solo quelle di annullamento; ciò, anche in virtù dell'estensione della giurisdizione esclusiva in forza d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, della l. 21 luglio 2000, n. 205 – nella parte in cui assegnano, fra l'altro, al giudice amministrativo il potere di pronunciare sentenze sul risarcimento del danno, disponendo anche il risarcimento in forma specifica (art. 35, co. 1 e 4, d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 come mod. dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205) – nonché dell'emersione di numerose ipotesi di giudizi speciali, fra cui il giudizio in tema di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 25, l. 7 agosto 1990, n. 241, che si conclude, nel caso di accoglimento della domanda, con un ordine di esibizione dei documenti richiesti, il giudizio introdotto dall'art. 3, l. 30 luglio 1998, n. 281, a tutela dei diritti e degli interessi degli utenti e dei consumatori, che si può concludere con una pronuncia di tipo inibitorio ove si verta in tema di pubblici servizi con conseguente competenza del g.a. ed, infine, il giudizio sul silenzio-inadempimento dell'amministrazione, previsto dall'art. 21 *bis* l. T.a.r., come introdotto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000, n. 205, che si conclude – ove il ricorso si riveli fondato – con un ordine alla p.a. di provvedere.

l'adeguamento della realtà di fatto alla situazione di diritto cristallizzata nel giudicato. Non è revocabile in dubbio che anche una sentenza costitutiva – qual è quella di annullamento – sia suscettibile di essere eseguita da parte della p.a soccombente, salva l'ipotesi in cui l'annullamento assuma un carattere c.d. autoesecutivo (o autoapplicativo) per cui il risultato utile per il privato sarebbe già assicurato dall'eliminazione del provvedimento impugnato.

In relazione al dovere di eseguire la sentenza di annullamento del provvedimento impugnato, si registrano due orientamenti principali: quello secondo cui il dovere in questione sarebbe analogo a quello di ottemperare ad ogni altra sentenza e quello che invece ne afferma la peculiarità.

Il primo indirizzo mette in luce come la norma fondamentale su cui si fonda il dovere di esecuzione della p.a. sia, in realtà, l'art. 4 comma 2, l.a.c., che riguarderebbe ogni ipotesi di sentenza e non solo quelle del giudice civile; in questa prospettiva il dovere di esecuzione della sentenza amministrativa a carico dell'amministrazione sarebbe espressione del più generale dovere delle autorità amministrative «*di conformarsi al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso*», mentre le disposizioni del regolamento di procedura poc'anzi citate, rappresenterebbero meri corollari o, al più, adattamenti della regola di principio di cui all'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo⁽²⁾.

Il secondo indirizzo valorizza, invece, il contenuto degli artt. 65 n. 5 («*La decisione deve contenere [...] l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa [...]*») e 88 del regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (r.d. 17 agosto 1907, n. 642), il quale costituirebbe la vera e propria fonte del dovere dell'amministrazione di eseguire la sentenza amministrativa.

Tale obbligo si collegherebbe, peraltro, all'ordine all'amministrazione di eseguire la sentenza – previsto dal succitato art. 65 – costituendone un contenuto necessario⁽³⁾.

⁽²⁾ Cfr. F. BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 t.u. del Consiglio di Stato*, in *Atti del Convegno sull'esecuzione del giudicato nei confronti della P.A.*, Milano, 1962, 243.

⁽³⁾ Si parla di contenuto ordinatorio della sentenza che avrebbe come fine quello di adeguare la situazione di fatto e di diritto alla situazione giuridica affermata nella pronuncia giurisdizionale, senza che si abbia,

Nel quadro del dibattito così delineato si staglia, in ogni modo, la comune convinzione secondo cui il fondamento del dovere di esecuzione della sentenza amministrativa non può essere ricondotto *sic et simpliciter* a singole disposizioni sui contenuti formali della sentenza (art. 65 r.d. n. 642/1907) o sulle modalità di attuazione della stessa (art. 88 r.d. n. 642/1907), né tantomeno al dovere di conformarsi al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso.

L'interpretazione vuoi delle norme del regolamento di procedura, vuoi della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, deve inevitabilmente conformarsi al principio di effettività della tutela giurisdizionale come sancito dall'art. 24 Cost. Le norme predette sarebbero, infatti, espressione di un generale principio – quello di effettività – a tenore del quale non può ammettersi che la regola enunciata dal g.a. nella sentenza emessa nei confronti dell'amministrazione rimanga lettera morta.

L'art. 24 Cost. dovrebbe, pertanto, assumere rilievo anche come regola dei rapporti fra poteri dello Stato, da cui desumere la subordinazione della p.a. alle statuizioni giurisdizionali, senza che la medesima possa sottrarsi al giudicato invocando la sua veste di soggetto pubblico⁽⁴⁾.

Ad ogni modo, venuta meno ogni diatriba sul carattere facoltativo o doveroso dell'obbligo, è ormai pacifico il carattere doveroso dell'attività amministrativa di esecuzione della sentenza del giudice

La seconda questione, come già anticipato, involge la portata del dovere di esecuzione della sentenza amministrativa; questione che appare intimamente connessa alla tipologia degli effetti che la pronuncia di annullamento è in grado di spiegare.

A tale stregua, conviene ricordare come sia oramai acquisizione pacifica in dottrina e giurisprudenza che la sentenza di annullamento del giudice amministrativo oltre al c.d. effetto caducatorio o demolitorio – consistente nella eliminazione dell'atto impugnato –

tuttavia, una vera e propria sentenza di condanna: in questi termini, M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubb.*, 1954, 228 ss., nonché *Giustizia amministrativa*, cit., 402 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4611. Ad ogni modo, venuta meno ogni diatriba sul carattere facoltativo o doveroso dell'obbligo, è ormai pacifico, in giurisprudenza, il carattere doveroso dell'attività amministrativa di esecuzione della sentenza del giudice. Sul punto, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6371, in *Dir. giust.*, 2005, 46, 87.

produca ulteriori effetti: in particolare quello c.d. ripristinatorio e quello c.d. conformativo⁽⁵⁾.

Il primo, implicherebbe la cancellazione delle modificazioni della realtà di diritto e di fatto intervenute per effetto dell'atto annullato. In altre parole, il dovere di esecuzione della sentenza imporrebbe all'amministrazione di procedere a tutte le restituzioni necessarie per ricostituire la situazione giuridica e materiale precedente all'emanazione del provvedimento illegittimo⁽⁶⁾.

Tale obbligo, pur comunemente trsguardato come contenuto proprio della sentenza amministrativa di annullamento sarebbe, in realtà, inscindibilmente legato alla caducazione del provvedimento, operante *ex tunc* e dovrebbe essere più opportunamente ricollegato alla vicenda e alla ragione dell'annullamento in quanto tale, indipendentemente dalla sua riconduzione ad una sentenza e dal fatto, quindi, che l'eliminazione dell'atto sia stata pronunciata in sede amministrativa – a seguito di ricorso amministrativo o in autotutela – piuttosto che dal giudice⁽⁷⁾.

La retroattività comporterebbe il venir meno sin dal principio del provvedimento illegittimo e degli effetti da questo prodotti che risulterebbero, all'esito dell'impugnativa vittoriosamente esperita, privi di un titolo e, dunque, di una causa giustificatrice⁽⁸⁾.

In particolare, ove il privato abbia fatto valere con l'impugnativa un interesse oppositivo deducendo in causa un provvedimento sacrificativo della propria posizione giuridica soggettiva, l'effetto ripristinatorio, che trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di riequi-

⁽⁵⁾ Questa classificazione in ordine agli effetti dell'annullamento si deve a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 313. In giurisprudenza cfr., fra le tante, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Foro amm.* CS, 2007, 10, 2858.

⁽⁶⁾ Esempi classici dell'effetto ripristinatorio sono quelli relativi alle seguenti fattispecie: l'annullamento di un decreto di esproprio comporta il venir meno del titolo di proprietà per l'espropriante con conseguente obbligo di restituire al proprietario il bene illegittimamente aggredito; l'annullamento di un provvedimento di licenziamento comporta la riammissione in servizio del dipendente, il pagamento delle retribuzioni non pagate e la sua collocazione nella posizione in cui si sarebbe trovato in assenza del licenziamento medesimo; l'annullamento di un provvedimento che pone l'obbligo di pagare una somma di denaro ha come conseguenza la restituzione della somma riscossa in base all'atto caducato.

⁽⁷⁾ Cfr. A TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4613, 4614.

⁽⁸⁾ In particolare, si afferma in giurisprudenza che gli effetti prodotti dal provvedimento prima del suo annullamento non potrebbero mantenersi, perché altrimenti verrebbe contraddetta l'efficacia retroattiva della eliminazione del provvedimento annullato: in questi termini, Cons. St., sez. V, 4 maggio 1992, n. 365, in *Cons. Stato*, 1992, I, 752.

librare gli effetti prodotti dal provvedimento prima del suo annullamento, comporterà consequenzialmente l'obbligo di ripristinare lo *status quo ante* e, dunque, di rimuovere tutte le conseguenze di fatto che si siano eventualmente prodotte a cagione dell'esecuzione *medio tempore* del provvedimento medesimo⁽⁹⁾.

Diversamente, nel caso in cui siano fatti valere interessi pretensivi, ovverosia nell'ipotesi in cui il privato aspiri ad un certo bene della vita mercé il rilascio di un titolo ampliativo della propria sfera giuridica, gli obblighi di ripristinazione avrebbero un rilievo assai minore rispetto alla situazione che precede, dipendendo il conseguimento dell'utilità sostanziale agognata dal c.d. effetto conformativo della pronuncia di annullamento.

Sotto questo profilo, l'effetto c.d. conformativo vincolerebbe la successiva riedizione del potere da parte dell'amministrazione. Difatti, il giudice, una volta accertata l'invalidità dell'atto e le ragioni che l'hanno provocata, individua in sentenza il corretto modo di esercizio del potere determinando in diretta conseguenza la regola cui la p.a. si dovrà attenere nella sua attività futura.

All'origine di tale effetto – si osserva – vi sarebbe una ragione tipicamente procedimentale rappresentata dal fatto che il dovere di provvedere dell'autorità non si è ancora esaurito: essendo venuto meno il provvedimento e con esso la precedente illegittima definizione dell'assetto di interessi, l'annullamento rinnova l'obbligo dell'amministrazione di assumere un provvedimento rispetto alla medesima vicenda dedotta in giudizio⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Tale obbligazione di fare sorgerebbe automaticamente in capo all'amministrazione soccombente come effetto dell'annullamento, senza necessità che debbano essere integrati gli elementi essenziali del fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. Circostanza, questa, che induce ad escludere che possa identificarsi la vicenda della ripristinazione con il risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. che imporrebbe di accertare la presenza degli estremi dell'illecito aquiliano.

⁽¹⁰⁾ Così A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit, 4614 il quale arriva a sostenere come, dopo l'effetto ripristinatorio, anche quello conformativo sia riconducibile non tanto alla sentenza come tale, quanto piuttosto alla vicenda dell'annullamento in sé e per sé considerato: «*Il dovere di esecuzione della sentenza amministrativa non si caratterizza, dunque, per i suoi contenuti, proprio allo stesso modo che non sono i contenuti che caratterizzano necessariamente l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento rispetto all'annullamento pronunciato d'ufficio o in sede di ricorso amministrativo. L'annullamento, comunque sia stato disposto, ha sempre, come nucleo essenziale, l'accertamento di un vizio e l'eliminazione, con effetto ex tunc, dell'atto illegittimo; i doveri di ripristinazione e di conformazione-rinnovazione trovano in questo nucleo essenziale una ragione sufficiente*».

Il procedimento, risulta, quindi, ancora aperto e l'annullamento, per il tramite dell'effetto conformativo, incide sul dovere di esecuzione della sentenza, orientando la p.a. nell'attività da esercitare in rinnovazione, in modo tale da garantire che la sentenza abbia una qualche utilità per il privato⁽¹¹⁾.

Il vincolo che in tal modo si produce in capo all'amministrazione, sarà più o meno pieno, precipuamente a seconda della natura del vizio – sostanziale o formale – riscontrato in sede di cognizione, di tal che la tutela assicurata al privato sarà maggiore nel primo caso e minore nel secondo. I contenuti dell'effetto conformativo non sono, dunque, sempre uguali, influenzando il tipo di vizio accertato nella sentenza sulla configurazione degli obblighi che derivano dall'annullamento in funzione dell'attività successiva della p.a.⁽¹²⁾.

A tal riguardo, l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, al fine di identificare compiutamente i contenuti dell'effetto di conformazione, ritiene debba farsi riferimento all'unione di quanto enunciato nel dispositivo e nella motivazione della sentenza.

⁽¹¹⁾ Osserva G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa: spunti comparatistici con particolare riferimento all'ordinamento della Repubblica federale tedesca*, in *Informator*, 2001, 148 che l'utilità della sentenza sarà maggiore o minore a seconda della maggiore o minore capacità che essa abbia di determinare in modo univoco il seguito dell'azione amministrativa: «*Se, ad esempio, annullato dal giudice un diniego di provvedimento per una ragione, l'amministrazione è ancora in grado di pronunciare un diniego per una diversa ragione, la sentenza sarà stata poco utile, non avendo potuto incidere sulla sostanza della controversia*». Precisa poi di seguito l'Autore che «*sin quando vi sarà discrezionalità amministrativa, una certa misura di potenziale inconclusività della sentenza è inevitabile: un buon processo è quello che riduce al minimo tale inconclusività*».

⁽¹²⁾ Ritiene, in particolare, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 389, che i vizi denunciati dal privato con il ricorso non si traducano in altrettanti diritti di annullamento, ma all'opposto ogni censura costituirebbe un differente profilo della medesima *causa petendi*. Ciò porta ad attirare l'attenzione sul motivo accolto dal giudice e che ha determinato la caducazione del provvedimento censurato, poiché se identiche sono le conseguenze derivanti dall'effetto eliminatorio e da quello ripristinatorio, differenti sono quelle legate all'effetto conformativo. Sulla scorta di tale riflessione, l'A. enuclea quindi delle classificazioni degli effetti di conformazione della sentenza amministrativa di annullamento, in funzione della rilevanza rispetto alla rinnovazione del procedimento da parte dell'amministrazione. Distingue, così, tra effetti vincolanti pieni, riscontrabili quando l'annullamento preclude la nuova emanazione di un provvedimento con lo stesso contenuto, effetti vincolanti semipieni, quando l'annullamento comporta una restrizione nelle facoltà discrezionali dell'amministrazione, effetti vincolanti strumentali, quando l'annullamento è pronunciato per un vizio formale e la p.a. può emanare nuovamente un provvedimento del medesimo tenore con il vincolo di non reiterare il vizio formale precedente. Si cfr., inoltre, Cons. St., sez. V, 7 aprile 1992, n. 297, in *Foro it.*, 1992, III, c. 469 da cui si ricava che di effetto vincolante pieno si parla anche in presenza di una sentenza di annullamento per vizi formali dell'atto impugnato, quando però l'esercizio della funzione amministrativa sia sottoposta a termini perentori o, comunque, non sia più suscettibile di rinnovazione; nella fattispecie, tuttavia, la pregnanza del vincolo deriverebbe non già dall'effetto conformativo della sentenza, bensì dalla disciplina sostanziale dell'azione amministrativa.

za di annullamento: è così che si può desumere la regola violata dalla p.a. ed affermata dal g.a.⁽¹³⁾.

Emerge, a tale stregua, una significativa differenza fra controversie relative a diritti soggettivi e controversie aventi ad oggetto interessi legittimi.

Nelle prime, la sentenza di merito si conclude con una decisione di spettanza o di qualificazione del bene o dell'utilità controversi, e quindi con una decisione finale, formulata nel dispositivo, indipendente dalla motivazione, essendo irrilevante per l'attore che la decisione venga adottata per un motivo piuttosto che per un altro, ed idonea di per sé a soddisfare in modo immediato e diretto l'interesse concreto azionato.

Nelle controversie relative ad interessi legittimi, invece, la sentenza di accoglimento ha valore non finale, ma strumentale, in quanto non attribuisce direttamente un bene, ma azzera un certo tratto di attività dell'amministrazione, talché quest'ultima dovrebbe provvedere nuovamente in modo conforme alle indicazioni contenute nella sentenza. Di conseguenza, l'interesse del ricorrente vittorioso si appunta non tanto e non solo sul dispositivo di annullamento, bensì anche sull'aspettativa azionabile dinanzi al giudice dell'ottemperanza.

Quindi, sull'aspettativa che la p.a. soccombente, in particolare ove si tratti di interessi oppositivi, non reiteri il provvedimento annullato per le stesse ragioni già ritenute illegittime dal giudice della cognizione ovvero, laddove si verta in tema di interessi pretensivi, non contesti ulteriormente quelle qualificazioni soggettive od oggettive accertate dal giudice ovvero addirittura ponga positivamente in essere l'attività dovuta ed illegittimamente negata.

L'interesse concreto del ricorrente consiste non solo nell'ottenere la preclusione di qualsiasi ulteriore controversia in ordine all'avvenuto annullamento, ma anche e soprattutto nella garanzia che la futura attività della p.a. si conformi a quanto stabilito dal giu-

⁽¹³⁾ In dottrina cfr. sempre M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, cit.*, 389; in giurisprudenza cfr. Cons. St., sez. IV, 7 marzo 1994, n. 219, in *Foro amm.*, 1994, 390; Cons. St., sez. IV, 7 aprile 1989, n. 217, in *Cons. Stato*, 1989, I, 432. Si aggiunga che la rilevanza della motivazione andrà coordinata con il principio dei limiti oggettivi del giudicato, dovendo l'effetto conformativo identificarsi solo con la *regula iuris* alla base dell'annullamento e non già con qualsiasi affermazione circa la vicenda in esame e lo svolgimento dell'attività amministrativa.

dice: garanzia che scaturisce dall'effetto o contenuto conformativo della sentenza amministrativa, il quale impinge nella motivazione della pronuncia, che acquista un autonomo valore extraprocessuale e sostanziale, creando vincoli all'esercizio futuro della potestà amministrativa⁽¹⁴⁾.

In definitiva, nell'ottica dell'effetto conformativo si affievolisce la distanza fra pronunce di annullamento e pronunce ordinatorie, atteso che la sentenza di annullamento definirebbe la situazione reciproca fra privato e p.a., non limitatamente all'assetto dettato dal singolo provvedimento, come è nella logica degli effetti caducatori e ripristinatori, bensì rispetto al potere assegnato dalla legge all'amministrazione in quella data situazione.

Non va, peraltro, dimenticato, che la regola desumibile dalla sentenza e rilevante nei termini dell'effetto di conformazione non esaurisce la disciplina dell'attività amministrativa successiva, ma incide su di essa unitamente alle altre norme che disciplinano quella certa attività. In altre parole, solo quando siano stati accertati determinati vizi afferenti il contenuto del provvedimento, si potrà sostenere che rispetto a quella determinata situazione, l'effetto di conformazione assorba qualsiasi altra possibilità di esercizio del potere amministrativo: solo in tal caso l'utilità sostanziale anelata dal privato troverà piena ragione nel precetto affermato dal giudice nella sentenza⁽¹⁵⁾.

Diversamente, essa troverà fondamento oltre che nella regola fissata con la statuizione giurisdizionale – non sufficiente di per sé sola a determinare gli svolgimenti successivi dell'azione amministrativa – nella normativa sostanziale sull'azione amministrativa, in virtù del carattere dinamico del potere che impone di tenere in debito conto sia le regole che ne disciplinano l'esercizio, sia il quadro degli interessi per come si delinea allorché il potere venga riesercitato.

Se, come appare evidente, l'attuazione della regola posta dal giudice avviene in una realtà in movimento, accanto al problema del potere che residua all'amministrazione, si

⁽¹⁴⁾ Cfr. C.G.A. Sicilia, sez. giurisdiz., 22 marzo 1993, n. 114, in D. SORACE, A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, W. GASPARRI, *Giustizia amministrativa. Materiali.*, Padova, 2009, 328 ss.

⁽¹⁵⁾ Così osserva ancora A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4628, il quale riporta l'esempio dell'annullamento di un decreto di esproprio per l'inespropriabilità dell'area in questione.

pone un ulteriore problema direttamente collegato al decorso del tempo ed al mutamento della situazione giuridica o di fatto successiva alla formazione del giudicato⁽¹⁶⁾

In sostanza, la regola fissata nella sentenza potrebbe risultare incompatibile con la regola introdotta da una normativa sopravvenuta (sopravvenienze di diritto) o comunque potrebbe essere vanificata dalla trasformazione della situazione di fatto nel cui ambito la p.a. sia tenuta a rinnovare la propria attività (sopravvenienze di fatto)⁽¹⁷⁾.

In tali casi vi sarebbe, quindi, una impossibilità obiettiva di ottemperare al giudicato da parte della p.a.⁽¹⁸⁾.

Per quanto attiene, in particolare, alle sopravvenienze di diritto, si scontrano fra loro due opposte esigenze: quella di dare effettiva attuazione al giudicato e quella di rispettare la legge in vigore al momento dell'attuazione del giudicato.

Più nel dettaglio, il rilievo che le sopravvenienze possono assumere in ordine alla riedizione del potere amministrativo successiva al giudicato, si scontra con il pregiudizio

⁽¹⁶⁾ Si tratta di problema – quello delle sopravvenienze – che merita di essere perlomeno accennato, anche in virtù della differente soluzione offerta, come si vedrà oltre, dalla giurisprudenza tedesca rispetto a quella accolta nel nostro sistema.

⁽¹⁷⁾ Quella delle sopravvenienze di fatto è questione cui la giurisprudenza ha sempre ascritto un rilievo ostativo all'esecuzione del giudicato: cfr. Cons. St., sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3711, in *Foro amm. CS.*, 2004, 1655; Cons. St., sez. V, 12 luglio 1996, n. 874 in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3, 566, con nota di F. VOLPE sull'impossibilità di ordinare la distruzione di un'opera pubblica realizzata senza titolo se da ciò possa derivare pregiudizio alla pubblica incolumità; Cons. St., sez. V, 13 agosto 1996, n. 923, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1177 secondo cui la p.a. non è tenuta a rinnovare una gara d'appalto quando siano venute meno le ragioni di pubblico interesse che ne avevano determinato l'indizione; Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7778, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2607 secondo cui la domanda di restituzione del fondo illegittimamente occupato è ammissibile solo ove non ne sia intervenuta la irreversibile trasformazione. Si solgono ricondurre alle c.d. sopravvenienze di fatto anche quelle situazioni fattuali inerenti alla posizione di terzi estranei alla lite. Di recente, la giurisprudenza, pur affermando il principio secondo cui l'esecuzione del giudicato trova un limite in posizioni consolidate di terzi estranei alla lite, ha escluso che tale evenienza si verifichi allorché la posizione del terzo derivi direttamente dal provvedimento annullato in forza di sentenza passata in giudicato e non sia, ad ogni modo, intervenuto un apprezzabile lasso di tempo a consolidarla: così, Cons. St., sez. VI, 26 febbraio 2003, n. 1086, in *Cons. Stato*, 2003, I, 435 in tema di esecuzione di un giudicato di annullamento che aveva investito una graduatoria concorsuale. In dottrina si ritiene, tuttavia, che la questione, posta in questi termini, riguarderebbe non tanto la questione delle sopravvenienze di fatto, quanto piuttosto il diverso problema dell'efficacia del giudicato rispetto ai terzi; così F. PATRONI GRIFFI, *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 1011.

⁽¹⁸⁾ Impossibilità – avverte la giurisprudenza – che deve in ogni caso derivare da una sopravvenienza normativa o fattuale successiva alla pronuncia, e cioè in una causa che non rientra nel quadro processuale prospettato o prospettabile dalle parti, esaminato dal giudice e posto a fondamento della decisione; cfr., sul punto, Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2003, n. 4404, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1658; Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7778, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2607.

che il privato subirebbe a fronte della rinnovata reiezione della propria istanza in ragione della disciplina sostanziale sopravvenuta, dopo che la medesima istanza era già stata illegittimamente disattesa una prima volta; e, in un'ottica di bilanciamento delle contrapposte esigenze, la giurisprudenza ha accolto la tesi per cui debba trovare applicazione la normativa vigente al momento della notificazione della sentenza definitiva, notificazione che ha l'effetto di cristallizzare la situazione di fatto e di diritto⁽¹⁹⁾.

2. Il giudizio di ottemperanza quale garanzia di una tutela effettiva del cittadino.

Per verificare se la p.a. nel dare esecuzione al giudicato, si sia conformata a quanto statuito dal giudice, si impone l'analisi del precetto contenuto nella pronuncia da attuare.

E sotto questo profilo, assumono una particolare utilità gli effetti eliminatori, ripristinatori e conformativi discendenti dalla sentenza di annullamento, i quali consentono di precisare "il contenuto pratico" del dovere di esecuzione che grava sull'amministrazione, a

⁽¹⁹⁾ La contrapposizione tra effettività della tutela del privato e preminenza dell'interesse pubblico in relazione alla nuova normativa disciplinante l'attività amministrativa in rinnovazione – dopo precedenti oscillazioni fra la necessità di applicare la normativa vigente al momento dell'esecuzione del giudicato per la naturale subordinazione dell'interesse legittimo a quello pubblico e l'applicazione *tout court* della norma abrogata – è stata composta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affrontato il tema del rapporto fra illegittimo diniego di concessione edilizia e successiva emanazione di nuovo piano regolatore generale. Si intende far riferimento a Cons. St., Ad. Plen., 8 gennaio 1986, n. 1 in *Foro it.*, 1986, III, 97, che ha affermato il principio per cui in sede di riedizione del potere successivamente all'annullamento giurisdizionale del diniego di concessione, hanno rilievo le sole sopravvenienze verificatesi prima della notificazione della sentenza definitiva di accoglimento, con la precisazione che troveranno comunque applicazione al momento in cui la p.a. competente si accinga ad emanare il provvedimento richiesto, «*tutti i riferimenti normativi diversi dalla disciplina urbanistica in senso stretto*» quali le prescrizioni sanitarie ed antisismiche, i vincoli di tutela dei beni culturali, i vincoli che conseguono automaticamente alla sopravvenuta realizzazione di nuove opere, in particolare le c.d. fasce di rispetto. Cfr. anche Cons. St., Ad. Plen., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Dir. proc. amm.* 1995, 254 ss. con note di R. COLONNA e F. FRANCIOSI e Cons. St., Ad. Plen., 11 maggio 1998, n. 2, in *Cons. Stato*, 1998, I, 734 sul rapporto fra esecuzione del giudicato e norme sopravvenute retroattive, secondo cui la normativa sopravvenuta con effetto retroattivo non possa prevalere sul giudicato, poiché a seguito di quest'ultimo si radicherebbe in capo al privato una situazione giuridica istantanea che sfugge all'efficacia della legge retroattiva. Nondimeno, precisa l'Adunanza Plenaria, nel giudicato avente ad oggetto situazioni giuridiche durevoli, l'accertamento coprirebbe il tratto delle relazioni giuridiche tra le parti che si è svolto nel passato e non anche gli effetti giuridici successivi al tempo del processo né i fatti futuri, che tornerebbero ad essere disciplinati dalle fonti normative astratte con la conseguente applicabilità della legge successiva al giudicato.

maggior ragione se si considera l'assenza nel nostro ordinamento, per quanto attiene alla giurisdizione di legittimità e salvo isolate ipotesi frutto di elaborazione pretoria⁽²⁰⁾, di un sistema di articolazione delle azioni come quello presente nell'ordinamento tedesco, volto a facilitare, attraverso un più compiuto chiarimento della portata operativa della sentenza, l'ottemperanza della p.a.⁽²¹⁾.

Ciò premesso, la questione dell'eventuale inosservanza del dovere di esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento, si deve confrontare con il problema per cui essendo in gioco un potere dell'amministrazione, quindi infungibile, è difficile prospettare rispetto ad esso un'esecuzione nelle forme ordinarie previste dal codice di rito⁽²²⁾.

In altri termini, l'esecuzione del giudicato amministrativo richiede spesso l'adozione di atti corrispondenti a provvedimenti amministrativi, coinvolgendo in tal modo direttamente il potere amministrativo⁽²³⁾.

Pertanto, in questi casi, l'attuazione del *dictum iudicis* si realizza solo attraverso l'esercizio di tale potere, ricevendo l'esecuzione della sentenza amministrativa una garan-

⁽²⁰⁾ Si pensi alla costruzione dell'azione avverso il silenzio. Deve, in ogni caso, ricordarsi come il legislatore, delegato dall'art. 44, l. n. 69 del 2009 al riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, sia espressamente tenuto a prevedere pronunce dichiarative, oltre che costitutive e di condanna, idonee a soddisfare già in sede di cognizione la pretesa sostanziale del ricorrente vittorioso. Osserva, opportunamente, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 583 ss., che «(...) nel rapporto tra titolare dell'interesse legittimo pretenso e amministrazione, se quest'ultima, in presenza di un potere vincolato, non adempie il correlato dovere primario di un "facere" giuridico, cioè al dovere di provvedere in un modo determinato, si è in presenza di una crisi di cooperazione. È questo lo specifico "bisogno di tutela" che richiede soddisfazione nel processo amministrativo, già nella fase di cognizione, attraverso una sentenza dichiarativa del dovere di provvedere e di condanna a emanare il provvedimento dovuto».

⁽²¹⁾ Che talvolta non ottempera non tanto perché non voglia quanto perché non sa come ottemperare.

⁽²²⁾ A garanzia dell'adempimento della sentenza civile di condanna assume rilievo soprattutto il processo di esecuzione forzata che si caratterizza per l'impiego della forza da intendersi non solo e non tanto come ricorso a mezzi di coercizione diretta, fisica o materiale, quanto piuttosto come ricorso a rimedi determinano la realizzazione coattiva – senza la necessità di una cooperazione del debitore e vincendo la sua resistenza – della pretesa riconosciuta nella sentenza, laddove, per converso, nel caso della sentenza amministrativa gli strumenti di esecuzione forzata previsti nel codice di procedura civile sarebbero in ogni modo inutilizzabili nella misura in cui l'esecuzione presupponga un rinnovato esercizio del potere amministrativo da parte della p.a. secondo le coordinate tracciate dal giudice amministrativo. Cfr. A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4635.

⁽²³⁾ Talvolta anche l'esecuzione di una sentenza amministrativa, può implicare al pari di una sentenza di condanna del giudice civile l'attuazione dell'obbligo di rendere un comportamento materiale, come, per esempio, rimandando sempre nell'ambito della giurisdizione di legittimità, nel caso della restituzione di un immobile a seguito dell'annullamento di un decreto di occupazione o di esproprio; così si esprime A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4635, 4636.

zia giurisdizionale tipica che non pare avere significativi riscontri in altri ordinamenti: il c.d. giudizio di ottemperanza, quale rimedio di tipo surrogatorio che consente al g.a. di sostituirsi direttamente o per mezzo di un commissario *ad acta* all'amministrazione inadempiente nel porre in essere gli adempimenti e gli atti necessari per eseguire il giudicato amministrativo.

È appena il caso di ricordare che le origini storiche dell'istituto in parola risalgono al 1889, quando l'ottemperanza venne introdotta per la prima volta – in particolare con l'art. 4 n. 4 della legge 31 marzo 1889, n. 5992 poi trasfuso nell'art. 27 n. 4 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 – al fine di assicurare l'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario.

Difatti, l'art. 4 comma 2 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo con lo stabilire che le amministrazioni «*si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso*», poneva in capo ad esse un obbligo di ottemperare al giudicato, tuttavia incoercibile in quanto non accompagnato da un meccanismo volto a garantirne l'effettiva osservanza⁽²⁴⁾.

Come è noto, la legge del 1889 non introdusse alcuna forma di tutela esecutiva per la neoistituita giurisdizione amministrativa e l'estensione del rimedio del giudizio di ottemperanza anche alle sentenze del g.a. avvenne ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato, risalente agli anni venti del secolo scorso, la quale estese analogicamente l'applicabilità dell'istituto all'esecuzione del giudicato amministrativo⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Sennonché, nel 1889, in occasione dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, si è colmata la lacuna predetta, con la codificazione, come ipotesi di giurisdizione di merito, il giudizio di ottemperanza per «*ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali, che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*».

⁽²⁵⁾ Si tratta di Cons. St., sez. IV, 9 marzo 1928, nn. 181 e 182, in *Foro it.* 1928, III, 102 le quali estesero il rimedio del ricorso per l'ottemperanza di cui all'art. 27 n. 4 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato all'esecuzione delle sentenze amministrative pronunciate nell'ambito della giurisdizione esclusiva in tema di diritti e di Cons. St., sez. V, 22 aprile 1947, in *Foro amm.*, 1947, I, 2, 165. Soltanto nel 1953 venne sollevato il dubbio della legittimità di tale estensione e la questione venne sottoposta alla Corte di Cassazione la quale confermò l'ormai consolidato indirizzo del Consiglio di Stato; cfr. Cass. civ., Sez. Un., 2 ottobre 1953, n. 3141, in *Giust. civ.*, 1953, 3007.

Il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione del giudicato amministrativo ebbe, infine, riconoscimento normativo solo con l'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 istitutiva dei tribunali amministrativi regionali.

Si tratta, all'evidenza, di uno strumento per imporre all'amministrazione l'esecuzione della sentenza amministrativa passata in cosa giudicata e principale presupposto per la sua attivazione è l'inosservanza da parte dell'amministrazione del dovere di esecuzione della sentenza.

A tal riguardo, conviene sottolineare come da un esame delle decisioni fondamentali in materia di giudizio di ottemperanza, succedutesi nel tempo, il suo fondamento riposi sul principio di effettività delle decisioni⁽²⁶⁾.

Ed il richiamo all'esigenza di effettività della tutela in relazione al giudizio di ottemperanza è stato operato finanche dalla Corte Costituzionale: «*Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (...) non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi*» per cui in base al «*principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre anche coattivamente in caso di necessità il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia, quindi, in definitiva, il rispetto della legge*»⁽²⁷⁾.

Sennonché – si osserva – pur mancando nel nostro ordinamento e, segnatamente, nell'ambito coperto dalla giurisdizione di legittimità, un'azione di adempimento sul mo-

⁽²⁶⁾ Così, Cons. St, sez. IV, 9 marzo 1928, nn. 181 e 182 in *Foro it.*, 1928, III, 102 che ha posto in stretta correlazione l'inerzia dell'amministrazione con l'interesse qualificato del privato a soddisfare la pretesa sostanziale riconosciutagli nella sentenza da eseguire. E ancora, Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 1953, n. 2157, in *Foro it.*, 1953, I, 1081, ha affermato che l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce un obbligo dell'amministrazione ad essa imposto nel superiore e generale interesse della giustizia.

⁽²⁷⁾ Cfr. Corte Cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. cost.*, 1995, 3158. Si tratta, in particolare, di affermazione riferita alla possibilità del giudice amministrativo di emettere ordini nei confronti del Consiglio Superiore della magistratura, e di disporre in caso di inottemperanza di un provvedimento cautelare la sostituzione attraverso la nomina di un commissario *ad acta*. La stessa Corte europea di Stasburgo ha costantemente affermato che «*il diritto di accesso ad un tribunale garantito dall'art. 6, par. 1, della Convenzione (CEDU n.d.r.), sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente consentisse che una decisione giudiziale definitiva e obbligatoria resti inefficace in danno di una parte (...). L'esecuzione di una sentenza, da qualsivoglia giurisdizione promani, deve essere considerata parte integrante del "processo" ai sensi dell'art. 30*» (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chambre, 29 marzo 2006, 36813, *Scordino c. Italia*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, 1097, 196).

dello tedesco (*Verpflichtungsklage*) e, quindi, una corrispondente sentenza dichiarativa di un obbligo in capo alla p.a. di emettere un certo provvedimento, illegittimamente rifiutato o sulla cui istanza essa aveva radicalmente omesso di pronunciarsi, si è venuto affermando, con l'estensione in via pretoria del giudizio di ottemperanza alle ipotesi di inattuazione del giudicato amministrativo, uno strumento flessibile e molto efficace finalizzato, attraverso misure vincolanti o, addirittura, attraverso l'esercizio di un potere sostitutivo da parte dello stesso g.a., la realizzazione concreta della decisione del giudice della cognizione in uno al soddisfacimento dell'interesse sostanziale del ricorrente vittorioso⁽²⁸⁾.

Il giudizio di ottemperanza sarebbe la sede propria dell'attribuzione del bene della vita riconosciuto nella sentenza⁽²⁹⁾.

Per quanto attiene, poi, al limite problematico rappresentato dal fatto che l'autorità amministrativa conserva generalmente, a seguito di una sentenza pronunciata nei propri confronti alla quale essa debba conformarsi, uno spazio discrezionale, destinato ad essere colmato dalle sue scelte e quindi dai suoi atti, questo limite dopo una prima fase in cui il giudice dell'ottemperanza riteneva di adottare solo i provvedimenti esecutivi che fossero conseguenza diretta del giudicato e non involgessero valutazioni discrezionali – è stato man mano superato.

⁽²⁸⁾ Così, F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in G. PALEOLOGO (a cura di) *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998, 317.

Una qualche similitudine può forse riscontrarsi fra la *Verpflichtungsklage* nella forma della c.d. *Unterlassungsklage* volta a sanzionare l'inerzia della p.a. e la nostra azione sul silenzio-inadempimento, nella misura in cui, nelle ipotesi di potere vincolato, consente al g.a. di non limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere in capo all'autorità, ma di sindacare la fondatezza della pretesa sostanziale cosicché l'amministrazione, nell'ipotesi di accoglimento della domanda, non ha altra alternativa se non quella di rilasciare il provvedimento cui mirava l'originaria istanza del privato.

⁽²⁹⁾ Così B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 133. per il quale la sentenza di accoglimento attribuisce al privato un bene della vita (strumentale o finale), creando una relazione tra esso e il titolare del bene medesimo che si manifesta nelle forme del diritto soggettivo. In particolare – precisa l'A. – i giudizi di diritto utilizzati dal g.a. nella motivazione per sorreggere il dispositivo costituirebbero la base di un accertamento, cioè la base della determinazione autoritativa dei criteri di valutazione del comportamento delle parti e, in particolare, della pubblica amministrazione. Questo diritto verrebbe tutelato attraverso lo specifico rimedio dell'ottemperanza, che vede l'amministrazione evocata in giudizio quale vero e proprio soggetto obbligato dinanzi al giudice che è investito senza limiti di tutte le controversie inerenti al rapporto di diritto ed obbligo.

Il potere sostitutivo diretto (o tramite il commissario *ad acta*), come si dirà più diffusamente, viene ora esercitato anche in presenza di spazi residui di discrezionalità relativamente alla forma, al tempo e al modo di eseguire il giudicato e salva l'utilità sostanziale attribuita dal giudicato amministrativo, che deve in ogni caso essere assicurata⁽³⁰⁾.

2.1. Presupposti: la nozione di inadempimento all'obbligo di conformarsi al giudicato

Alla luce di quanto sin qui esposto, può affermarsi che l'oggetto del giudizio di ottemperanza è costituito dalla verifica se la p.a. abbia o meno adempiuto l'obbligo nascente dal giudicato e, cioè, se abbia o meno attribuito all'interessato quell'utilità che la sentenza ha riconosciuto come dovuta⁽³¹⁾.

Presupposto del giudizio *ex art. 37 l. tar.* è, dunque, l'inosservanza del dovere di dare esecuzione ad una sentenza amministrativa definitiva.

Non sempre facilmente decifrabile si è rivelata la nozione di “inesecuzione” o inadempimento, a *fortiori* in virtù dell'assenza entro la giurisdizione di legittimità, lo si ribadisce, di un sistema di articolazione delle azioni e, quindi, di pronunce, sulla falsariga di ciò che avviene nell'esperienza tedesca, che consentano già sulla base del solo dispositivo di conformare l'azione successiva della p.a.

⁽³⁰⁾ Cfr. M. E. SCHINAIA, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, in *giustizia-amministrativa.it*. La giurisprudenza largamente prevalente ammette che il giudice dell'ottemperanza possa compiere anche attività discrezionali, disattendendo l'assunto secondo cui il medesimo giudice potrebbe sostituirsi alla pubblica amministrazione solo nei limiti delle statuizioni puntuali del giudicato, in quanto le ulteriori scelte discrezionali dell'amministrazione non sarebbero di pertinenza dell'autorità giurisdizionale. A parte il fatto che l'attività del giudice dell'ottemperanza o del commissario *ad acta* da lui nominato, non costituisce manifestazione in senso stretto di discrezionalità amministrativa, essendo essenzialmente preordinata a conseguire l'interesse del ricorrente e non già l'interesse primario perseguito dalla p.a., si osserva che un'opposta conclusione condurrebbe ad escludere la possibilità – concordemente ammessa in giurisprudenza – di un'integrazione successiva del giudicato.

⁽³¹⁾ Tale assunto, secondo M. CLARICH, *Il giudizio amministrativo d'esecuzione*, in G. PAEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e Italia*, Milano 1998, 338, risente di una nozione di giudicato amministrativo e di oggetto del processo avente come punto di riferimento il rapporto fra p.a. e privato e, quindi, diversa da quella tradizionale che in ossequio al carattere impugnatorio del giudizio di annullamento imperniato sull'atto impugnato, restringeva l'utilità per l'interessato alla mera caducazione del provvedimento illegittimo, senza che alcun vincolo diretto sorgesse in capo all'amministrazione in occasione della reiterazione del potere (effetto conformativo o ordinatorio). Aggiunge, inoltre, l'Autore che, nell'ambito di tale peculiare ed innovativa concezione, si staglia una visione più evoluta del concetto di interesse legittimo, quale istituto avente un carattere sostanziale e non solo processuale e un contenuto tendente all'acquisizione di un bene della vita che la sentenza amministrativa riconosce e garantisce.

L'inadempimento all'obbligo di dare seguito alla pronuncia del g.a., oltre a legittimare l'attivazione del giudizio di ottemperanza, consente al tempo stesso, attraverso il chiarimento della sua portata, di tracciare, in relazione alla successiva rinnovazione del potere, la linea di confine fra ciò che appartiene alla statuizione giudiziale e ciò che ne rimane estraneo.

Sono, infatti, esterni al giudicato tutti quei provvedimenti che, non derivando dal contenuto della precedente sentenza definitiva, costituiscono uno sviluppo ulteriore della vicenda in esso racchiusa e la cui contestazione dovrebbe essere fatta oggetto di una rinnovata impugnativa, essendo precluso al giudice dell'ottemperanza il loro sindacato⁽³²⁾.

Al proposito, l'affermazione di principio contenuta in una decisione dell'Adunanza Plenaria secondo cui «*in generale gli atti dell'amministrazione, dopo uin annullamento in sede giurisdizionale, sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione*»⁽³³⁾ veniva – a ragione – criticata da autorevole dottrina nella misura in cui con essa si trascurava di considerare che l'esecuzione del giudicato ha come punto di riferimento principale proprio i precetti in esso contenuti, di talché il loro sindacato competerebbe di regola al giudice dell'ottemperanza.

Diversamente opinando, l'amministrazione avrebbe potuto reiterare all'infinito i propri atti inattuativi discostandosi dagli obblighi conformativi discendenti dalla sentenza da eseguire e determinando la necessità per il privato di una continua serie di impugnazioni⁽³⁴⁾.

Ad ogni modo, se è vero che sino alla fine degli anni '50, il concetto di inadempimento necessario e sufficiente a dare ingresso al giudizio di osservanza, veniva interpretato come inerzia ovvero rifiuto esplicito di provvedere, per cui nei casi di adempimento inesatto o incompleto il cittadino avrebbe dovuto proporre ricorso nelle vie ordinarie⁽³⁵⁾, è altresì vero che, successivamente, la giurisprudenza ammetteva, sulla scorta di acquisi-

⁽³²⁾ Come si è già visto il c.d. effetto conformativo riguarda solo la regola affermata nella sentenza in relazione al vizio del provvedimento impugnato accertato dal giudice e non condiziona in alcun modo gli altri profili dell'azione amministrativa.

⁽³³⁾ Si tratta di Cons. St., ad. plen, 11 marzo 1984, n. 6, in *Cons. Stato*, 1984, I, 238.

⁽³⁴⁾ Cfr. V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 865.

⁽³⁵⁾ Cfr. M. ROSSANO, *Rassegna di giurisprudenza sulle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 389 ss.

zioni oramai pacifiche, il giudizio di ottemperanza anche quando l'amministrazione avesse dato corso all'esecuzione della sentenza, ma in modo incompleto o parziale⁽³⁶⁾, o quando l'amministrazione avesse provveduto, ma adottando un provvedimento definitivo che risultava assunto in violazione della regola dettata dalla sentenza⁽³⁷⁾.

Con riguardo a tale ultima ipotesi, in considerazione del fatto che la regola fissata nella sentenza può essere intesa in molti modi diversi, si distingueva originariamente nell'ambito degli atti incompatibili con il giudicato, fra quelli adottati in (palese) violazione di esso – quando per esempio la p.a. in sede di rinnovazione del potere riproduceva il medesimo vizio stigmatizzato dal giudice della cognizione – per i quali era ammesso il ricorso per l'ottemperanza e quelli c.d. "elusivi", cioè assunti dall'amministrazione in seguito alla sentenza amministrativa, ma senza dare effettivo adempimento al contenuto sostanziale di essa, e contestabili con l'ordinaria impugnativa⁽³⁸⁾.

In sostanza, la contrapposizione fra violazione ed elusione del giudicato si risolveva in un espediente utilizzato dalla giurisprudenza per differenziare le ipotesi in cui le contestazioni inerenti all'atto amministrativo reso all'indomani del giudicato, dovevano essere portate davanti al g.a. in sede di legittimità, da quelle in cui poteva essere direttamente adito il giudice dell'ottemperanza, in sede di giurisdizione di merito⁽³⁹⁾.

Successivamente, a partire dagli inizi degli anni '90, gli atti elusivi sono stati assimilati a quelli assunti in violazione del giudicato, ammettendosi anche nei loro confronti il ricorso per l'ottemperanza⁽⁴⁰⁾. Si riteneva che dovesse parlarsi di elusione – suscettibile di

⁽³⁶⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1996, n. 990, in *Foro amm.*, 1996, 2347.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cons. St. Ad. Plen., 9 marzo 1984, n. 6, in *Cons. Stato*, 1984, I, 238.

⁽³⁸⁾ Cfr. per tutte, Cons. St., ad. plen., 9 marzo 1984, n. 6, *cit.* Per una accurata analisi della categoria degli atti c.d. elusivi cfr. A. SORRENTINO, *Provvedimenti elusivi del giudicato e giudizio di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano 1983, 189 ss.

⁽³⁹⁾ La *ratio* di tale orientamento giurisprudenziale si fondava rispettivamente sull'idea che la p.a. potesse in ogni caso riesercitare la propria attività provvedimentale con il solo limite del divieto di riprodurre il vizio già censurato dal giudice; che la tutela del cittadino non avrebbe subito alcuna compressione, rimanendo aperta la possibilità di un ricorso in sede di legittimità; che fosse inimmaginabile configurare una situazione di obbligo in capo alla p.a. essendo il privato titolare di un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., fra le tante, Cons. St., sez. IV, 10 aprile 1998, n. 565, in *Foro amm.*, 1998, 1021: «Il ricorso per l'ottemperanza è ammissibile non solo quando l'amministrazione mantiene un comportamento inerte di fronte al *decisum* del giudice, ma anche quando il provvedimento da essa adottato, in affermata ottemperanza al giudicato stesso, è invece palesemente elusivo dei principi e delle regole in esso enunciati. Ciò in quanto il giudicato

dare impulso al giudizio per l'esecuzione del giudicato – ogni qual volta la p.a. si sottraeva all'adempimento di un vincolo preciso e determinato, contenuto nella sentenza definitiva, con la conseguenza che gli atti c.d. "elusivi" dovevano considerarsi nulli per carenza di potere, quindi inefficaci e ricadenti nella competenza del giudice dell'ottemperanza⁽⁴¹⁾.

L'assimilazione del comportamento elusivo a quello posto in essere in violazione del giudicato è stata, peraltro, recepita dall'art. 21 *septies* l. 241/1990, introdotto dalla legge 15 del 2005 di riforma del procedimento amministrativo, il quale contemplando una previsione generale sulla nullità del provvedimento amministrativo, fa esplicitamente riferimento al provvedimento adottato in "violazione o elusione del giudicato".

Ad ogni modo, si rivelava problematica l'individuazione dei criteri volti a qualificare la condotta dell'amministrazione come elusiva e, quindi, tale da consentire l'attivazione del giudizio di osservanza.

Si registrano in seno alla giurisprudenza, una pluralità di indirizzi sul tema.

Un orientamento estremo, ma minoritario, sostiene che il giudizio di ottemperanza possa essere promosso oltre che per reagire all'inerzia, anche per contestare ogni atto successivo ad una sentenza favorevole al privato non soddisfacente per il ricorrente e di cui venga contestata la legittimità⁽⁴²⁾.

Prevalente appare, tuttavia, quello facente leva sulla distinzione fra attività discrezionale e vincolata, per cui se il potere che residua all'autorità dopo la sentenza è vincolato, il provvedimento successivo sarà ricorribile in sede di ottemperanza, mentre, per conver-

amministrativo ha un contenuto complesso, non limitato agli effetti demolitori e ripristinatori rivolti al passato, ma comprensivo anche degli effetti confermativi rivolti al futuro e consistenti nei vincoli imposti all'autorità amministrativa nella rinnovazione del provvedimento annullato, in relazione ai vizi di legittimità riconosciuti esistenti».

⁽⁴¹⁾ Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 giugno 2004, n. 3940, in *Foro amm. CS*, 2004, 6, 1677; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2004, n. 501, in *Cons. Stato*, 2004, I, 300. Il suddetto orientamento si fonda sostanzialmente su una più ampia concezione dell'oggetto del giudizio amministrativo, con conseguente allineamento alla posizione di coloro che in dottrina ritenevano che dalla sentenza di annullamento discendessero vincoli ulteriori rispetto a quello di non riemanare il provvedimento inficiato dal medesimo vizio che aveva portato alla sua caducazione, e su un più saldo legame fra cognizione ed esecuzione, tale da non permettere che il privato vedesse vanificato il pur minimo vantaggio riconosciuto dal giudicato.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cons. St., sez. IV, 4 luglio 1996, n. 829, in *Foro amm.*, 1996, 2227; Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 1996, n. 172, *ivi*, 1996, 445. A sostegno di questo indirizzo si pone, in particolare, l'esigenza di verificare la coerenza dell'attività amministrativa successiva rispetto alla sentenza.

so, laddove la pronuncia da eseguire lasci margini di discrezionalità in capo alla p.a. andrà esperita l'impugnativa ordinaria⁽⁴³⁾.

Tale orientamento, nella misura in cui condiziona l'esperibilità del ricorso per ottemperanza al carattere non discrezionale dell'attività amministrativa in rinnovazione, è stato, nondimeno, criticato da autorevole dottrina, in ragione del fatto che dovendo, tale rimedio, impingere nelle specifiche vicende dell'esecuzione della sentenza, dirimente sarebbe stata, piuttosto, la coerenza dell'atto amministrativo successivo con il giudicato, a prescindere dal carattere discrezionale o vincolato del potere⁽⁴⁴⁾.

A tale stregua, più correttamente, parte della giurisprudenza ha ritenuto che debba essere devoluto alla cognizione del giudice dell'ottemperanza il sindacato su di un atto in contrasto con la *regula iudicis*, il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza, mentre, sotto diverso profilo, andrà censurata davanti al giudice dell'impugnazione ordinaria la riedizione del potere ove appaia in contrasto con una norma sostanziale⁽⁴⁵⁾.

In ultima analisi, giova ricordare quel recente orientamento giurisprudenziale che al fine di porre un limite ai reiterati dinieghi successivi al giudicato che abbia annullato il primo diniego, argomenta nel senso che la p.a. debba, in sede di emissione di un secondo provvedimento di segno negativo, sollevare tutte le questioni che ritenga rilevanti, sicché dopo la seconda, illegittima, statuizione assunta dall'amministrazione, quest'ultima non potrebbe provvedere nuovamente in senso sfavorevole al privato.

⁽⁴³⁾ Cfr. fra le tante, Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2007, n. 428, in *Foro amm. CS*, 2007, 2, 507. In particolare, Cons. St., Ad. Plen., 8 aprile 1995, n. 7, in *Foro amm.* 1995, 819, afferma che qualora dall'esecuzione di un giudicato derivi all'amministrazione non già un semplice vincolo all'attività discrezionale, ma un obbligo puntuale che non lasci alcuno spazio all'esercizio dei suoi poteri, allora e solo allora l'amministrazione sarà priva del potere di provvedere diversamente e la sua condotta sarà censurabile in sede di ottemperanza. In termini, di recente, Cons. St., sez. VI, 28 luglio 2008, n. 3713, in *Foro amm.*, 2008, 2139.

⁽⁴⁴⁾ Così, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Studi per il centenario della Quarta sezione*, Roma, 1989, 949 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cons. St., sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2242; Cons. St., sez. V, 29 aprile 2003, n. 2197, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1009. Si è ulteriormente precisato in giurisprudenza che rimangono estranee al giudicato e, dunque, all'ottemperanza, quei provvedimenti che abbiano fonte diversa dal giudicato, ancorché riconducibili al medesimo destinatario ovvero alla medesima situazione giuridica; cfr. sul punto Cons. St., Ad. Plen., 26 luglio 2001, n. 6, in *Foro amm.*, 2001, 1894.

In tale situazione sarebbe, pertanto, ammesso in ogni caso il ricorso per l'ottemperanza indipendentemente dalle censure formulate dal ricorrente⁽⁴⁶⁾.

2.2. *Natura ed ampiezza dei poteri del giudice dell'ottemperanza: quadro generale*

Nell'ambito della tematica involgente il giudizio di ottemperanza, assume notevole interesse l'individuazione dei poteri spendibili dal giudice di tale peculiare rito.

È chiaro che in un giudizio come quello in parola, volto a garantire l'adempimento del giudicato al quale l'amministrazione si è sottratta, è molto importante, per l'efficacia del rimedio, l'estensione dei poteri suddetti.

Si tratta di questione nevralgica, anche e soprattutto in un'ottica comparatistica, considerato che l'ampia gamma dei poteri del giudice dell'ottemperanza, ammantata l'istituto in parola di originalità, laddove nella maggior parte delle principali esperienze continentali domina, per lo più, quale strumento a presidio dell'esecuzione del giudicato da parte della p.a., il rimedio delle misure patrimoniali di tipo compulsorio (*Zwangsgeld, astrainte* etc.) e dove i sistemi sono improntati – in punto di esecuzione della sentenza – ad una rigida separatezza fra amministrazione e giurisdizione⁽⁴⁷⁾, essendo inibita al giudice qualsiasi ingerenza nell'attività esecutiva del giudicato amministrativo che rimane sempre e comunque appannaggio della p.a.⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858, in *Foro amm. CS*, 2004, 12, 3601; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. app.* 2002, 955, con nota di G. DE GIORGI CEZZI; Cons. Giust. Amm., 28 gennaio 2002, n. 49, in *Cons. Stato*, 2002, I, 176; Cons. St., sez. VI, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Foro it.*, 1999, III, c. 166, con nota di A. TRAVI.

⁽⁴⁷⁾ In questi termini anche B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 48 e B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, 130 i quali con riguardo ad ordinamenti come quello tedesco e francese pongono l'accento sul fatto che l'esecuzione della sentenza amministrativa continua ad essere caratterizzata da una riserva in favore dell'amministrazione dell'attività di adeguamento dello stato di fatto alle statuizioni contenute nella sentenza, essendo escluso in radice l'esercizio di poteri sostitutori da parte del giudice amministrativo.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. però G. QUADRI, *L'ottemperanza nel diritto comparato*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione su «il giudizio di ottemperanza» - Varenna 17-19 settembre 1981*, Milano, 1983, 111 il quale osserva che alcune analogie con il sistema italiano possono forse riscontrarsi in relazione all'(ex) ordinamento jugoslavo, nel quale il giudice amministrativo può surrogarsi completamente all'amministrazione inottemperante. Un'eccezione sarebbe, inoltre, rappresentata dal modello austriaco della *Säumnisbeschwerde* quale rimedio avverso il silenzio inadempimento della p.a., prevedendo il legislatore austriaco al § 63/2 *VwGG* la possibilità per il giudice amministrativo di surrogarsi all'amministrazione

Sennonché, il fatto di avere il legislatore italiano collocato il giudizio di ottemperanza nella giurisdizione amministrativa di merito è perlomeno sintomatico dell'intenzione di dotare il giudice di un ampio potere sostitutivo, atteso che all'interno di tale giurisdizione il giudice dell'osservanza può compiere le stesse valutazioni che, in linea di massima, competono all'amministrazione⁽⁴⁹⁾.

Il giudice dell'ottemperanza è un giudice che può assumere provvedimenti di vario tipo, cassatori piuttosto che dichiarativi di obblighi in capo alla p.a. e, ad ogni modo, tutti quegli adempimenti, anche istruttori⁽⁵⁰⁾ che siano strumentalmente necessari per l'esecuzione della sentenza da ottemperare, all'occorrenza sostituendosi all'amministrazione in via diretta o indiretta, per il tramite di un commissario *ad acta*⁽⁵¹⁾.

Nell'ambito di tale intervento, accanto ad atti che hanno “*sostanza operativa incidendo creativamente nel mondo del reale*”⁽⁵²⁾, quindi *stricto sensu* sostitutivi di quei provvedimenti

inadempiente designando l'amministrazione o il tribunale chiamato ad eseguire la sua decisione e «*consacrando così una possibile sostituzione del potere giudiziario all'amministrazione attiva (...) sul fronte dell'esecuzione*» (cfr. C. FRAENKEL, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania-Austria-Italia*, Trento, 2004, 211).

⁽⁴⁹⁾ Autorevole dottrina afferma, in particolare che l'aver incluso l'art. 7 della legge 31 marzo 1889, n. 5991 il giudizio di ottemperanza fra quelli di merito, è indicativo dell'intento di attribuire al giudice amministrativo, non un mero potere di annullamento, bensì un potere decisorio di merito, il quale consente di ottenere dal giudice amministrativo una attività sostitutiva nei confronti dell'amministrazione inadempiente, quando essa non si sia già conformata, di suo, al caso deciso (cfr. V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, cit., 780). In giurisprudenza cfr., in particolare, Cass. Sez. Un., 9 marzo 1981, n. 1299, in *Foro amm.*, 1981, I, 15. Conviene, inoltre, ricordare che in passato parte della dottrina ha tentato di escludere, in tutto o in parte, il carattere giurisdizionale del giudizio di ottemperanza sul presupposto che il giudice, allorché si sostituisce alla p.a. nell'adozione di un provvedimento amministrativo, pone in essere un'attività sostanzialmente amministrativa. Per indicazioni sugli autori che sostenevano questa tesi, cfr. M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubb.*, 1954, I, 262 ss.

⁽⁵⁰⁾ In sede di istruzione del giudizio, il giudice dell'ottemperanza può disporre di qualunque mezzo istruttorio, trattandosi di giudizio di merito: l'art. 27 del regolamento di procedura prevede la testimonianza, le ispezioni e le perizie, oltre alla richiesta di chiarimenti e di documenti ed alla verifica.

⁽⁵¹⁾ Ricorre frequentemente nelle massime più recenti del Consiglio di Stato il principio per cui il giudice, in sede di ottemperanza, può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori. Cfr. ad esempio, Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3871, in *Foro amm. CS*, 2009, 6, 1497 e Cons. St., 3 marzo 2008, n. 796, *ivi*, 2008, 3, 838.

⁽⁵²⁾ Così, A. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 325. Secondo l'Autore, ciò si verificerebbe in quei casi in cui la ritenenza dell'amministrazione si manifesta proprio nella fase operativa anzidetta e, dunque, o quando l'attività da svolgere sia assolutamente vincolata, o quando la fase delle scelte conseguenti alla sentenza da eseguire si sia esaurita, non importa se ad opera della stessa amministrazione o del giudice dell'ottemperanza e degli eventuali sostituti di questo.

ti che la p.a. avrebbe dovuto emanare per conformarsi al giudicato, si distingue un ampio potere cognitorio, strumentale al predetto, in ossequio a quella tendenza giurisprudenziale che vuole che questi possa integrare l'originario disposto della sentenza da eseguire con statuizioni che ne costituiscono non mera esecuzione, ma attuazione in senso stretto, risolvendo per l'occasione eventuali problemi di interpretazione e di integrazione che sarebbero comunque devoluti alla propria giurisdizione⁽⁵³⁾

Il giudizio di ottemperanza conoscerebbe, quindi, due momenti distinti: uno di cognizione, concernente la possibilità per il giudice, in particolare, di determinare ed integrare il contenuto degli obblighi nascenti dal giudicato secondo il fenomeno del c.d. giudicato a formazione progressiva⁽⁵⁴⁾ e l'altro più propriamente di esecuzione nel quale

⁽⁵³⁾ Si tratta di principio oramai pacifico in giurisprudenza: cfr. Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3871 in *Foro amm. CS*, 2009, 6, 1497; Cons. St., 14 aprile 2006, n. 2135, in *Foro amm. CS*, 2006, 4, 1145; Cons. St., sez. IV, 1 marzo 2001, n. 1143, in *Foro amm.*, 2001, 334; Cons. St., 11 febbraio 1999, n. 134, in *Cons. Stato*, 1999, I, 175. Autorevole dottrina ha osservato, peraltro, che nell'attività interpretativa del giudicato si inscriverebbe tutta l'attività (ordinatoria o determinativa) a monte della successiva attività operativa. Si ritiene, in particolare, che fin quando il giudice interpreta il giudicato, egli compie le necessarie valutazioni al fine di stabilire quali potrebbero essere gli ulteriori provvedimenti da adottare per conformarsi ad esso, compie la scelta tra le possibili soluzioni o, eventualmente, a monte di tutte o di alcune di tali sottofasi, ordina alla stessa autorità amministrativa di ottemperare, o procede alla nomina di un commissario che, in luogo di esso giudice, adotti i provvedimenti, individuati o meno dal giudice dell'ottemperanza, affinché la sentenza da applicare abbia attuazione (cfr. A. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni*, cit., 326).

⁽⁵⁴⁾ L'affermazione di un "giudicato a formazione progressiva", si deve a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 321. Alla base dell'orientamento dottrinale che, tra i primi, ha parlato di giudicato a formazione progressiva, vi è la constatazione della possibile sopravvivenza al giudicato di ambiti di scelta discrezionale dell'amministrazione soccombente che, quindi, non consentono di ritenere pienamente definito il rapporto. Tale orientamento ricava la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica del ricorrente rispetto al giudicato, da una serie di elementi: la natura individuale dell'interesse protetto, ricavabile dalla circostanza per la quale è il ricorrente l'unico soggetto legittimato a pretendere l'adempimento dell'obbligo; il fatto che tale obbligo – incombente sulla p.a. – sia ritenuto inderogabile per ragioni di pubblico interesse; la previsione ai sensi dell'art. 90 Reg. proc. Cons. Stato del termine di prescrizione decennale dell'*actio iudicati* di cui all'art. 2953 c.c. Nondimeno, la ricostruzione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente nei termini anzidetti, si armonizza con la circostanza della possibile sopravvivenza al giudicato di ambiti di valutazione discrezionale riservati all'autorità amministrativa, attraverso la distinzione fra l'ipotesi in cui le modalità di attuazione del giudicato siano già puntualmente fissate dalla sentenza, nel qual caso il diritto all'ottemperanza sorge immediatamente a seguito della regudicata e l'ipotesi in cui la fattispecie astratta dell'atto di ottemperanza venga precisata sotto il profilo contenutistico solamente nell'ambito del medesimo rito di osservanza, sorgendo quindi solo in tale momento il diritto all'ottemperanza al giudicato, definito per ciò solo, "a formazione progressiva". Sul punto, cfr. anche S. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1979, 2618. Al fenomeno del c.d. "giudicato a formazione progressiva sembra oramai guardare anche la giurisprudenza maggioritaria: cfr. Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3871, in *Foro amm. CS*, 2009, 6, 1497; Cons. St., 3 marzo 2008, n. 796, in *Foro amm. CS*, 2008, 3, 838, Cons. giust. amm., 29 ottobre 1994, n. 406, in

si inserirebbe, appunto, l'attuazione pratica della *regula iuris* desumibile dalla sentenza⁽⁵⁵⁾.

La pressoché inevitabile compresenza di entrambi i momenti nell'ambito del giudizio di ottemperanza ha indotto parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente ad affermarne la natura mista di cognizione ed esecuzione.

Più nel dettaglio, si è argomentato nel senso della natura mista, necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione del giudizio di ottemperanza muovendo dalla constatazione che quest'ultima non sempre è necessaria, perlomeno quando l'attività amministrativa successiva al giudicato abbia carattere vincolato, cioè nella misura in cui le statuizioni della sentenza impartiscano alla p.a. comandi tassativi e talmente puntuali da non lasciare alcuno spazio all'esercizio dei suoi poteri discrezionali.

Per converso, gli spazi liberi che possono residuare al giudicato rendono la *regula iuris* dallo stesso dettata "implicita, elastica, condizionata ed incompleta" e, come tale, suscettibile di essere chiarita nel contesto del giudizio di ottemperanza⁽⁵⁶⁾.

Cons. Stato, 1994, I, 1434. Sul rapporto fra giudicato a formazione progressiva ed esigenze di effettività della tutela cfr., in particolare, T.a.r. Salerno Campania, sez. I, 11 febbraio 2002, n. 105, in *Nuovo dir.*, 2002, 982: «Il giudizio di ottemperanza tende a far conseguire al ricorrente vittorioso tutta l'utilità scaturente dalla pronuncia giurisdizionale ed illegittimamente negata dall'Amministrazione con un comportamento, apertamente o velatamente, omissivo; al fine di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale è stato riconosciuto al giudice investito dal ricorso per l'ottemperanza di una sentenza del g.a. di esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia i poteri sostitutivi, sia i poteri cassatori e ordinatori che gli competono in sede di giurisdizione generale di legittimità, mediante l'integrazione dell'originario disposto della sentenza con statuizioni, dando così luogo al fenomeno del giudicato a formazione progressiva (...)». Conviene, da ultimo, ricordare che non perviene a diverse conclusioni da quelle dei fautori del giudicato a formazione progressiva, quell'orientamento dottrinale che, pur individuando l'oggetto del giudizio nel rapporto fra situazione di potere della p.a. e situazione di interesse del privato, ritiene che, laddove residuino in capo all'autorità soccombente margini più o meno ampi di discrezionalità, il bene della vita strumentale o finale sia garantito dalla sentenza di cognizione, ma di fatto individuato dal giudice dell'ottemperanza. In questo modo viene, dunque, propugnata l'idea dell'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo. In tal senso, B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 24 ss. e per il riscontro di punti di contatto fra quest'ultima impostazione e quella precedentemente illustrata, cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 40 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. sul punto A. TRAVI *L'esecuzione della sentenza*, cit., 4645 secondo il quale la fase dell'intervento sostitutivo sembrerebbe riflettere logiche tipiche del giudizio di esecuzione.

⁽⁵⁶⁾ Osserva M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 332, 333 che «la più lata nozione di esecuzione ha un limite che è costituito dall'esistenza – dall'esistenza certa e totale – risultante dal giudizio di cognizione, della "volontà concreta della legge" che deve essere attuata o, detto in altro modo, della "normativa per il caso concreto", alla quale si deve adeguare la realtà di fatto. Quando, invece, si tratti di identificare (o di completare la identificazione) della volontà concreta della legge, oppure di stabilire (o di finire di stabilire) la normativa del

Da un'analisi della casistica può, tuttavia, pervenirsi alla conclusione che la prevalenza dei momenti cognitivi piuttosto che di quelli strettamente esecutivi dipenderà dal contenuto del giudicato e dalle esigenze di effettività della tutela, ovvero dalla natura e dall'ampiezza delle situazioni di volta in volta dedotte in giudizio secondo la più volte richiamata formula del c.d. "giudicato a formazione progressiva"⁽⁵⁷⁾.

Convieni, peraltro, rammentare che l'attività del giudice dell'ottemperanza non è, in ogni modo, libera, dovendo essa garantire il raggiungimento di risultati conformi a quelli derivanti dalla sentenza da eseguire, fino al conseguimento del bene o dell'utilità riconosciuta dal giudicato e, fin tanto che l'interesse del ricorrente non sia stato soddisfatto, egli potrà mutare o integrare le misure dirette a soddisfare l'interesse predetto.

2.3. I poteri del giudice dell'ottemperanza nell'evoluzione giurisprudenziale

La giurisprudenza ha per lungo tempo ritenuto che il giudice dell'ottemperanza potesse sostituirsi all'Amministrazione inadempiente e adottare oppure ordinare di adottare i

*caso concreto, non si è più nel campo della esecuzione, ma della cognizione». In giurisprudenza, cfr. fra le tante, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in Foro amm. CS, 2007, 10, 2858. Una recente dottrina, critica nei confronti delle varie tesi succedutesi in tema di natura del giudizio di ottemperanza ha, in particolare, negato la natura mista del giudizio e contestato le tesi del giudicato a formazione progressiva ovvero del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo, rilevando che esse si risolvono, in definitiva, nello svuotamento della sentenza amministrativa e si scontrano con l'aspirazione ad un più ampio contenuto di accertamento e di condanna della sentenza medesima, scaricando così sull'ottemperanza le deficienze del giudizio di cognizione. Ha, quindi, sostenuto che il giudizio di ottemperanza sarebbe processo di esecuzione almeno quanto lo è il processo di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare (cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione, cit.*, 49, 52, 253).*

⁽⁵⁷⁾ Rileva, opportunamente A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza, cit.*, 4645 che la valorizzazione dei profili cognitivi del giudizio di ottemperanza dipendono dall'accoglimento di una più ampia concezione della nozione di inadempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato e, in diretta conseguenza di ciò, dal più esteso ambito di applicazione dello stesso giudizio. Sempre in ordine alla natura del rito ed alla compenetrazione di momenti cognitivi con momenti esecutivi, la Consulta ha chiarito che «*il giudizio di ottemperanza assume diversi modi di essere in relazione alla situazione concreta, alla statuizione giudiziale da attuare, alla natura dell'atto censurato. In particolare, il giudizio di ottemperanza può costituire semplice giudizio esecutivo, che si aggiunge al procedimento espropriativo, disciplinato dal codice di procedura civile; lo stesso giudizio può essere preordinato al compimento di operazioni materiali o (...) alla sollecitazione di attività provvedimento amministrativa (...) può essere utilizzato anche in difetto di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività oggetto del dovere dell'Amministrazione (...) non deve modellarsi necessariamente anche nei presupposti sul processo esecutivo ordinario, tenuto conto delle peculiarità funzionali del giudizio amministrativo, con potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa incomparabili ai poteri del giudice dell'esecuzione del processo civile» (cfr. Corte Cost., ord. 10 dicembre 1998, n. 406, in Foro amm., 2000, 751).*

provvedimenti esecutivi, solo se questi fossero stati una conseguenza diretta del giudicato, senza alcun carattere di discrezionalità; diversamente, la scelta delle misure idonee avrebbe dovuto essere lasciata all'amministrazione, limitandosi il giudice alla semplice dichiarazione dell'obbligo di questa di provvedere e all'assegnazione di un termine in proposito⁽⁵⁸⁾.

In qualche pronuncia della Cassazione, si legge che il giudice può adottare direttamente i provvedimenti necessari ad un'integrale esecuzione del giudicato quando non siano discrezionali, dovendo altrimenti limitarsi a dichiarare l'obbligo di provvedere, assegnando all'amministrazione un termine, nonché disponendo che si nomini un commissario, il quale agisca al posto dell'amministrazione se questa non ottemperi entro il termine assegnato⁽⁵⁹⁾.

Il commissario *ad acta* è, in particolare, un soggetto chiamato ad esercitare quei poteri che il giudice dell'ottemperanza potrebbe esercitare anche in via diretta, mercé un intervento nel merito volto a sostituirsi completamente all'amministrazione; un tanto, con la precipua finalità di rendere effettivo lo scopo di tutela sostanziale dell'interesse protetto, caratteristico del giudizio di ottemperanza.

Accade di regola, che il giudice assegni alla p.a. un termine e contestualmente designi un'autorità amministrativa che alla scadenza del termine assegnato si sostituirà alla amministrazione ed emanerà il provvedimento o terrà il comportamento necessario per l'attuazione del giudicato.

La figura del commissario *ad acta* comincia ad apparire all'inizio degli anni '60, nelle pronunce della giurisprudenza⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, Milano, 1987, 891 ss..

⁽⁵⁹⁾ *Ivi*, 893. L'idea dei limiti di fronte al potere discrezionale riaffiora nella tesi secondo cui agli atti emanati dall'amministrazione in esecuzione del giudicato si può reagire con il giudizio di ottemperanza solo se essi sono rigidamente vincolati, mentre se sono emessi in virtù di scelte discrezionali, vanno impugnati col normale ricorso di legittimità (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 11 marzo 1984, n. 6, in *Cons. Stato*, 1984, I, 62).

⁽⁶⁰⁾ Tale autorità – che solitamente era il Prefetto, pur potendo essere la nomina del commissario affidata a qualsiasi organo dello Stato o della Regione – doveva assolvere l'incarico anche se nel frattempo alcune sue competenze fossero state trasferite ad altri organi e, nell'ipotesi, di mancata nomina, il giudice avrebbe potuto rinnovare l'incarico. Successivamente si è poi riconosciuto che il giudice dell'ottemperanza potesse provvedere direttamente alla nomina del commissario.

La possibilità di nominare il commissario *ad acta* figura non prevista dal legislatore viene desunta dall'attribuzione al giudice amministrativo – come già si è detto – di una giurisdizione estesa al merito (art. 27, n. 4, t.u. Cons. St.)⁽⁶¹⁾ e il suo intervento era sostanzialmente subordinato al persistere dell'inottemperanza dell'amministrazione entro il termine assegnato dal giudice⁽⁶²⁾, esercitando in tal caso, il commissario, gli stessi poteri spettanti all'autorità inadempiente.

Ciò premesso e dopo che la giurisprudenza degli anni '60 e '70 aveva per lo più circoscritto – salvo qualche voce fuori dal coro⁽⁶³⁾ – il potere sostitutivo del giudice dell'ottemperanza ai casi di in cui non residuasse successivamente al giudicato, alcuna discrezionalità in capo all'amministrazione inottemperante, si è giunti ad una definitiva svolta, grazie ad una sentenza dell'Adunanza Plenaria alla fine degli anni '70⁽⁶⁴⁾.

In sede di ottemperanza al giudicato, il giudice amministrativo, direttamente o per mezzo del commissario da lui nominato, può emanare provvedimenti di vario tipo, costitutivi, certificatori, declaratori di obblighi a carico dell'amministrazione e, in ogni modo, tutti quegli adempimenti strumentalmente necessari per l'esecuzione della sentenza cui occorre ottemperare. In sintesi, il giudice amministrativo si sostituisce all'amministrazione inadempiente ponendo in essere l'attività che questa avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire, conformando la realtà alle relative statuizioni.

⁽⁶¹⁾ Sulle origini della figura del commissario *ad acta*, cfr. S. PELILLO, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990, 294 ss.;

⁽⁶²⁾ Per una rassegna di giurisprudenza sul punto cfr. G. APREA, *Inottemperanza, inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 49, nota a margine (8).

⁽⁶³⁾ Cfr. sul punto, anche per una ricca rassegna di giurisprudenza, S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, cit., 895, 896: «Si è così parlato di sostituzione del giudice all'autorità amministrativa (Cons. St. sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901), del suo potere di adottare, in virtù della cognizione estesa al merito, tutte quelle statuizioni che di volta in volta si presentassero adeguate al raggiungimento del fine dell'esecuzione del giudicato (Cons. St., ad. plen., 9 marzo 1973, n. 1), di scegliere attraverso apprezzamenti di merito, i mezzi per procedere al ripristino delle situazioni violate (Cons. St., 15 maggio 1973, n. 564). Si è detto che il legislatore avrebbe inteso assicurargli i più ampi poteri di intervento, sia diretto che indiretto (Tar Campania, 13 luglio 1977, n. 760) e si è ammesso per esempio, che potesse direttamente ordinare la demolizione di una costruzione abusiva (Tar Piemonte, 11 aprile 1978, n. 192)».

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23 in D. SORACE, A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, W. GASPARRI, cit., 353 ss.

Abbiamo, peraltro, già visto, come all'ipotesi dell'inerzia dell'amministrazione vada equiparata, quella in cui l'amministrazione adotta un comportamento elusivo o dilatorio, ovvero solo parzialmente ottemperante.

Sappiamo che una volta annullato l'atto illegittimo, la p.a. ha, il più delle volte, il dovere di porre in essere un'attività rinnovatoria, vuoi per assicurare all'interessato il conseguimento del bene sostanziale riconosciutogli dalla sentenza, vuoi per un corretto perseguimento degli obiettivi che l'amministrazione ha istituzionalmente di mira con la propria attività, la quale è normalmente un *continuum* che non tollera parentesi di inerzia.

Se l'amministrazione non provvede, si rende dunque necessario l'intervento del g.a. ai sensi dell'art. 27 n. 4 r.d. 1054 del 1924 e 37, legge 1034 del 1971, per l'assunzione di provvedimenti esenti da quei vizi che sono stati riscontrati dal giudice che, eventualmente, vadano a sostituire quelli censurati, solo apparentemente adempitivi. Ciò determina di regola, il rifacimento o il completamento di un tratto di azione amministrativa sul piano decisionale e, più in generale, su quello di tutti gli adempimenti strumentalmente necessari a dare completa esecuzione al giudicato.

Tale attività può involgere apprezzamenti di merito e, implicitamente, la necessaria valutazione discrezionale sempre nel rispetto dei limiti posti dal giudicato e dell'utilità sostanziale che deve essere garantita dal giudicato medesimo, non essendo l'attività sostitutiva del giudice dell'ottemperanza libera al pari di quella dell'autorità cui si è surrogato. Ciò, in quanto essa sarebbe strutturalmente finalizzata al raggiungimento di risultati coerenti e consequenziali alla sentenza da ottemperare.

In altre parole, la funzione del giudizio di ottemperanza lungi dall'essere quella di portare a realizzazione coattiva le statuizioni della sentenza a cui ottemperare è, piuttosto, quella di sostituire il giudice amministrativo all'amministrazione inadempiente nel porre in essere provvedimenti e adempimenti *«che nell'ambito dello stesso procedimento sono stati ravvisati strumentalmente necessari per conformarsi al giudicato»*. In tale attività sa-

rebbe, infatti, insita, «una capacità di valutazione della situazione e una possibilità di scelta tra più soluzioni o mezzi diversi che esulano dall'ordinaria azione esecutiva»⁽⁶⁵⁾.

Quindi, se fino agli anni '70 il giudice dell'ottemperanza riteneva di poter adottare solo i provvedimenti esecutivi che fossero conseguenza diretta del giudicato e non involgessero valutazioni discrezionali, in seguito, sulle orme della pronuncia predetta, questo limite è stato via via superato e il potere sostitutivo diretto o tramite il commissario *ad acta* è stato esercitato anche in presenza di spazi residui anche ampi di discrezionalità in capo alla p.a.

Tali spazi, riferiti agli accertamenti risultanti dalla sentenza passata in giudicato, vengono comunque per lo più riconosciuti solo in relazione alla forma, al tempo e al modo di eseguire il giudicato e salva l'utilità sostanziale che deve necessariamente essere garantita – come più volte sottolineato – dal giudicato amministrativo⁽⁶⁶⁾.

Comunque sia, nell'ipotesi in cui appaiano ineludibili valutazioni discrezionali, è in genere ritenuta preferibile la nomina di un commissario *ad acta* essendovi alla base di questa preferenza, motivi pratici e di principio, collegati «all'esigenza di salvaguardare un qualche diaframma tra potere giurisdizionale e potere amministrativo»⁽⁶⁷⁾

2.4. *Poteri specifici del giudice dell'ottemperanza: casistica*

Le modalità di esercizio del potere sostitutivo del giudice dell'ottemperanza possono consistere, a seconda delle valutazioni effettuate in concreto da quello stesso giudice, nell'intimazione all'amministrazione inadempiente di provvedere entro un nuovo termine, nella nomina contestuale o successiva di un commissario *ad acta* che si sostituisce

⁽⁶⁵⁾ Cfr. sempre Cons. St., Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23 in D. SORACE, A ORSI BATTAGLINI, A CORPACI, W. GASPARRI, *cit.*, 356.

⁽⁶⁶⁾ Cons. giust. amm., 28 aprile 1997, n. 24, in *Foro amm.* 1997, 1718; Cons. St., sez. IV, 7 marzo 1994, n. 219, in *Foro amm.*, 1994, 391; Cons. St., Ad. Plen., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Cons. Stato*, 1994, I, 122 ss.

⁽⁶⁷⁾ Così, M. CLARICH, *Il giudizio amministrativo d'esecuzione*, *cit.*, 344; A. TRAVI, *Giudizio di ottemperanza e giurisdizione di merito*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 982 il quale rileva come il giudice, diversamente dall'amministrazione, sia un soggetto privo di legittimazione politica che lo ricolleggi al processo democratico.

all'amministrazione nel porre in essere tutti gli adempimenti e gli atti necessari per eseguire il giudicato, nella sostituzione diretta da parte del giudice dell'ottemperanza.

In proposito, conviene ricordare che spetta alla discrezionalità del giudice individuare gli strumenti più adeguati a garantire l'esecuzione del giudicato e, quindi, se provvedere direttamente ad adottare le necessarie statuizioni amministrative o, piuttosto, se avvalersi dell'attività commissariale⁽⁶⁸⁾.

La casistica delle misure adottate in sede di ottemperanza è sintomatica della flessibilità degli interventi del giudice in tale sede. Il giudice adotta provvedimenti sollecitatori, prescrizioni o impartisce ordini, spiega all'amministrazione il comportamento da tenere, individuando in generale tutti quegli atti, operazioni materiali e comportamenti che, in conseguenza della pronuncia da eseguire, l'autorità era tenuta a realizzare e non ha realizzato.

Talvolta, le disposizioni impartite sono estremamente puntuali, altre volte, invece, il giudice si surroga direttamente alla p.a. nell'esercizio dell'attività provvedimentale, realizzando egli stesso, concretamente, la regola desunta dalla sentenza amministrativa.

Ciò detto, con riguardo allo spettro dei poteri spendibili dal giudice in sede di ottemperanza, la giurisprudenza più recente suole distinguere in linea generale tra poteri sostitutivi, in via diretta o indiretta, ordinatori e cassatori, eventualmente cumulabili in presenza dei necessari presupposti⁽⁶⁹⁾.

Recessivi appaiono, invece, i poteri sanzionatori consistenti nel denunciare, eventualmente anche in sede di ottemperanza oltre che in sede di cognizione, i fatti al Procuratore generale della Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica per le eventuali azioni di responsabilità, contabile e penale⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Sulla discrezionalità del giudice dell'ottemperanza nella selezione dei mezzi volti a dare esecuzione alla sentenza, cfr. Cass., Sez. Un., 28 giugno 1991, n. 7226, in *Giust. civ.*, 1992, I, 759 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3871, in *Foro amm. CS*, 2009, 6, 1497; Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2008, n. 706 in *Foro amm. CS*, 2008, 3, 838.

⁽⁷⁰⁾ Per una rassegna di precedenti sul punto, cfr. S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, cit., 897, 898. Di recente, cfr. Cons. St., 2 ottobre 2006, n. 5704 in *Foro amm. CS*, 2006, 10, 2811 che, stante il danno erariale causato dall'inerzia dell'amministrazione, ordinava di copia della decisione alla competente Procura presso la Corte dei Conti

A questo punto, prendendo come parametro di riferimento la suddetta classificazione pretoria, sarà utile illustrarne taluni, tratti dalla casistica giurisprudenziale.

(A) Poteri cassatori

Si tratta dei poteri attraverso i quali il giudice provvede a dichiarare la nullità degli atti posti in essere dalla p.a. in spregio al giudicato cui si sarebbe dovuta conformare.

Come è noto, con la recente novella della legge 241 del 1990 è stata positivizzata la categoria della nullità dell'atto amministrativo, ricomprendendo entro tale ambito anche i provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato⁽⁷¹⁾.

In verità, il legislatore si è limitato a recepire un orientamento giurisprudenziale consolidato, per cui mai si è dubitato che gli atti inidonei ad attuare le statuizioni della sentenza cui ottemperare, fossero afflitti dalla più grave patologia della nullità⁽⁷²⁾.

Ad esempio, si dà il caso che annullata la graduatoria di un concorso, la p.a. non possa nominare il primo di quella graduatoria; in tale situazione, il giudizio di ottemperanza serve, in tempi e forme più semplici di una nuova impugnazione, a far dichiarare nullo il

⁽⁷¹⁾ Nondimeno, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative ai provvedimenti contrastanti con il giudicato era già perspicuamente individuabile a fronte della normativa vigente, anche in assenza di un'apposita previsione normativa. Una volta chiarito al comma 1 dell'art. 21 *septies* l. 241 del 1990 che i provvedimenti comunque contrastanti con il giudicato sono nulli e che, pertanto, non necessitano di apposita impugnativa per essere privati di efficacia, era evidente, in base al disposto dell'art. 27, n. 4, t.u. Cons. St., che la cognizione su di essi fosse assegnata al giudice dell'ottemperanza: già prima dell'introduzione dell'art. 21 *septies* dottrina e giurisprudenza attribuivano al giudizio di ottemperanza natura di giurisdizione esclusiva, oltre che estesa al merito, per l'inestricabile intreccio tra diritti ed interessi legittimi che caratterizza la materia dell'esecuzione del giudicato. Si riteneva infatti che il giudicato fosse idoneo a radicare in capo al privato un vero e proprio diritto all'esecuzione della sentenza, specularmente al quale, tuttavia, persisteva il potere della p.a. di provvedere alla cura dell'interesse pubblico (Così, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, 889, 890).

⁽⁷²⁾ L'amministrazione nel provvedere nuovamente sull'istanza in esecuzione del giudicato, deve tener conto dei precetti contenuti nella sentenza, vale a dire dell'incidenza del giudicato sul rapporto sostanziale tra ricorrente e amministrazione, non potendo porre in essere successivamente un atto dal medesimo contenuto e con gli stessi vizi di quello annullato. In tale ottica, ove il nuovo atto sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato, il giudice dell'esecuzione può essere adito anche nel caso in cui l'amministrazione non sia rimasta inerte, in quanto egli non è tenuto ad annullare l'atto, ma deve considerarlo *tamquam non esset* per passare a regolare direttamente il rapporto tra l'amministrazione ed il ricorrente allo scopo di concretizzare le statuizioni del giudicato. Non a caso infatti, l'art. 21 *septies* l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 14, l. n. 15 del 2005, sancisce la nullità del provvedimento adottato in violazione o elusione del giudicato.

nuovo provvedimento di nomina, perché manifestamente elusivo del giudicato⁽⁷³⁾. Parimenti, andrà dichiarato nullo il provvedimento concessorio in ambito edilizio emesso in rinnovazione, recante il medesimo vizio che aveva determinato l'annullamento del precedente⁽⁷⁴⁾.

(B) Poteri ordinatori.

Emblematica dell'ampiezza dei poteri di cui dispone il giudice dell'ottemperanza è la vicenda oggetto della decisione 20 agosto 1991 n. 660 della Quarta Sezione del Consiglio di Stato⁽⁷⁵⁾.

Si tratta di arresto molto noto e meritevole di essere richiamato.

La vicenda trae origine dal fatto che il Comune di Torino acconsentiva all'esecuzione materiale di alcune sue delibere, nonostante queste fossero state annullate dal Consiglio di Stato medesimo, con decisione n. 69 del 6 febbraio 1984.

Le delibere, che avevano disposto la realizzazione di un luna park all'interno di un parco pubblico venivano annullate perché comportavano lo stravolgimento delle previsioni urbanistiche. Di fatto, però, accadeva che l'area del parco venisse effettivamente destinata all'esercizio delle attività prese in considerazione nelle delibere annullate: veniva,

⁽⁷³⁾ Sul punto cfr. F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, cit. 318, il quale richiama in nota a margine 47 un precedente della V sezione del Consiglio di Stato, 1 aprile 1996, n. 328.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 ottobre 1996, n. 1231, in *Foro amm.*, 1996, 2886: si tratta, più nel dettaglio, di un caso in cui un sindaco aveva emanato delle concessioni in sanatoria relative alla realizzazione di un cinema, dopo che le precedenti erano state annullate in mancanza del piano urbanistico attuativo del piano regolatore generale. Il Collegio riteneva, nella fattispecie, che ulteriori concessioni anche in sanatoria di quanto già realizzato potevano essere rilasciate solo se fosse stato approvato il piano urbanistico esecutivo, cosa che non era avvenuta nemmeno in sede di rinnovazione del potere da parte della p.a. Pertanto, conclude la sezione, le concessioni in parola, devono essere qualificate come atti elusivi delle statuizioni già contenute nel giudicato da ottemperare e per ciò solo, nulli ed improduttivi di effetti. La particolarità del caso affrontato dal Consiglio di Stato con la pronuncia in questione risiedeva, nondimeno, nel fatto che i provvedimenti elusivi venivano emanati dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado di annullamento e nelle more della definizione del giudizio di appello, che si concludeva con la conferma della sentenza del T.a.r. Ciò nonostante, «*il provvedimento adottato a seguito della sentenza di primo grado di annullamento, avente il carattere dell'autoritatività secondo i principi generali, perde tale carattere quando, a seguito della formazione del giudicato, si evince che esso contiene statuizioni in contrasto con quelle del giudice oramai divenute immutabili*».

⁽⁷⁵⁾ Cons. St., sez. IV, 20 agosto 1991, n. 660, in D. SORACE, A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, W. GASPARRI, *Giustizia amministrativa*, cit., 357, 358.

in particolare, asfaltata o cosparsa di ghiaia l'area già destinata a verde e, in seguito, occupata permanentemente da occupanti abusivi.

La Sezione Quarta, interessata per la terza volta della questione⁽⁷⁶⁾, dopo aver rilevato che la mancata esecuzione del giudicato dopo sette anni costituiva una manifesta violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, ordinava la rimozione della pavimentazione, lo sgombero dal parco delle giostre, l'eliminazione del parcheggio e la risistemazione a verde dell'area.

In altri casi portati al vaglio dei giudici amministrativi, il giudice dell'ottemperanza ha, invece, impartito disposizioni perché il precedente giudicato avesse una particolare pubblicità. Si tratta di situazioni in cui, essendo stati annullati atti generali di interesse della collettività, era fondamentale assicurare la più ampia diffusione della decisione.

Così, con la decisione della Quarta Sezione 14 marzo 1995 n. 172 veniva ordinato di porre, al casello delle autostrade, cartelli che indicassero l'avvenuto annullamento delle tariffe autostradali, in modo che gli automobilisti potessero venirne a conoscenza, mentre con la decisione della Sesta Sezione 30 novembre 1993 n. 956 veniva ordinata la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'avvenuto annullamento di alcune parti del regolamento del servizio telefonico nonché l'inserimento della stessa notizia nei formulari predisposti per l'abbonamento dei nuovi utenti del servizio⁽⁷⁷⁾.

Altro caso, particolarmente significativo, riguardante i poteri ordinatori del giudice amministrativo in sede di ottemperanza, è quello esaminato dal Consiglio di Stato e su cui è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 435 del 1995⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ La Sezione medesima aveva già avuto modo di occuparsi due volte della questione: con la decisione n. 452 del 17 ottobre 1985, nominava un commissario *ad acta* nella persona del Segretario comunale di Torino, con l'incarico di disporre l'esatta esecuzione del giudicato nell'ipotesi di ulteriore inerzia del Comune, in relazione al suo obbligo di adeguare lo stato di fatto allo stato di diritto, derivante dal giudicato. Con successiva decisione n. 313 del 26 aprile 1990, la Sezione nominava, invece, quale commissario *ad acta* in sostituzione del Segretario comunale, individuando i criteri ai quali questi si sarebbe dovuto attenere.

⁽⁷⁷⁾ Per una rassegna dei casi citati cfr. F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, cit., 320.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 435, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2641, che rigettava il ricorso con il quale il C.s.m. rivendicava l'integrità delle proprie attribuzioni costituzionali, ai sensi degli artt. 104 e 105 della Costituzione, a suo avviso lese dall'ordine del giudice amministrativo di nominare il ricorrente per l'ottemperanza, Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Napoli, rimuovendo

Nella fattispecie, il Consiglio di Stato, con decisione n. 1074 del 27 dicembre 1994, ordinava al C.s.m. di provvedere entro sessanta giorni al conferimento al ricorrente dell'Ufficio di Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Napoli, nominando, per il caso di inutile decorso del termine, il Vice Presidente del C.s.m., quale commissario *ad acta*.

(C) Poteri sostitutori in via diretta.

Non mancano casi in cui dal giudice adito per l'ottemperanza, venga direttamente adottato l'atto in via sostitutiva, in forza della capacità di esercitare, mercé l'esercizio di una giurisdizione estesa al merito, tutti i poteri di valutazione e scelta spettanti all'amministrazione attiva.

Per esempio, nel caso in cui venga annullata l'aggiudicazione di una gara con sentenza passata in giudicato, la sostituzione del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono salvi dopo la pronuncia emanata a seguito del giudizio di cognizione.

Ebbene, di questi provvedimenti, il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza perché appartengono alle condotte materiali e all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto che l'autorità è tenuta a realizzare nel dare esecuzione al giudicato e ripristinare le ragioni del ricorrente in conformità al *decisum*.

l'attuale titolare e, inoltre, dal provvedimento con il quale il suo Vice Presidente è stato nominato commissario *ad acta*; provvedimento che avrebbe manifestamente inciso sulla sua struttura organizzativa. In particolare, la Consulta argomentava nel senso che tutti i soggetti di diritto, ivi compresi gli organi a rilevanza costituzionale, sono egualmente tenuti al rispetto della legge e che il principio di legalità dell'azione amministrativa e quello di effettività della tutela giurisdizionale comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, quali sono gli organi giurisdizionali. Ne consegue – secondo il Giudice delle leggi – che, una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, incombe su quest'ultima l'obbligo di conformarsi ad essa, consistendo il contenuto di tale obbligo nell'attuazione di quel risultato pratico riconosciuto come giusto e necessario dal giudice. Né può sostenersi che la nomina del Vice Presidente del C.s.m. quale commissario *ad acta* abbia inciso sull'indipendenza e sull'autonomia dell'organo; un tanto, in ragione del fatto che essendo i provvedimenti del commissario disposti dal giudice e specificamente pre-determinati nel contenuto, sono da ritenersi meramente esecutivi ed a questi riferibili, con esclusione di ogni possibilità di interferenza nelle altre attività, quali esse siano, della persona fisica chiamata a svolgere le funzioni commissariali.

Non è, pertanto, escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente nei cui confronti l'aggiudicazione è stata impugnata⁽⁷⁹⁾.

Leading case sul tema può essere considerata la sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, 19 gennaio 1995, n. 41⁽⁸⁰⁾.

Conviene riassumere brevemente, i termini della vicenda contenziosa, in modo da cogliere l'effettiva portata della decisione emessa dal Consiglio di Stato in sede di ottemperanza.

Con sentenza 10 febbraio 1992, n. 94, la Quarta Sezione annullava lo statuto della S.I.A.E. (approvato con d.P.R. 20 ottobre 1962, n. 1842 e succ. mod.) nella parte in cui, discriminando gli iscritti ordinari dai soci, ne limitava lo *status* e l'elettorato passivo, li escludeva dalla partecipazione alla gestione dell'ente e li escludeva dal beneficiare del sistema previdenziale riservato ai soci.

La predetta disparità di trattamento si risolveva in una illogica ed ingiustificata discriminazione; si finiva così per favorire i soci in ragione esclusivamente del loro successo commerciale, rispetto a coloro che, iscritti ordinari, solo occasionalmente producono opere d'ingegno.

⁽⁷⁹⁾ Sul punto cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 10, 2142, che ha affermato, tra l'altro, coem, fermo restando la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti nascenti dal rapporto contrattuale, l'eventuale nullità o inefficacia del contratto stipulato, sebbene non ancora accertata con pronuncia del giudice ordinario, possa essere comunque valutata incidentalmente dall'amministrazione chiamata a conformarsi al giudicato di annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, di conseguenza, nel caso di inadempienza della medesima, dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, atteso che il contratto *medio tempore* stipulato dall'amministrazione con l'aggiudicatario verrebbe automaticamente a cadere per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione il quale risulta costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva riedizione del potere amministrativo.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 976 ss., con nota di A. TRAVI. La decisione viene, inoltre, considerata in dottrina meritevole di segnalazione, perché - emessa nell'esercizio di giurisdizione di merito in sede di giudizio di ottemperanza, con una pronuncia quanto mai ferma e risoluta - ha cercato di chiudere «con estrema correttezza e puntualità un caso che si trascinava da anni»: così, R. CHIEPPA, *Osservazione*, in *Foro amm.*, 1995, 87.

Con successiva sentenza n. 77 del 1994, pronunciata all'esito di un giudizio di ottemperanza al giudicato promosso da uno degli icritti all'ente, il Consiglio di Stato indicava le modalità di esecuzione dal giudicato stesso fissando un termine di 180 giorni all'amministrazione per provvedere e in esecuzione di tale sentenza veniva pubblicato, in data 6 dicembre 1994, col d.P.R. 7 novembre 1994, n. 671, il regolamento contenente le modifiche che il Consiglio dei Ministri riteneva necessarie per adeguare lo statuto della S.I.A.E. alle prescrizioni contenute nel giudicato da ottemperare.

Nel frattempo, la parte privata proponeva nuovo ricorso per l'ottemperanza al giudicato, in seguito al quale il Consiglio di Stato, con la decisione 19 gennaio 1995, n. 41 disponeva che al regolamento in questione venissero apportate alcune modifiche ed integrazioni, specificamente elencate, ritenute necessarie affinché esso si conformasse pienamente alle statuizioni della prima sentenza, sostituendosi, pertanto all'amministrazione inadempiente, «*nell'esercizio di attività senso latu normativa*»⁽⁸¹⁾.

La vicenda appare particolarmente interessante per il fatto che l'intervento sostitutivo del giudice dell'ottemperanza avveniva dopo che il Consiglio dei Ministri aveva emanato il regolamento richiesto dalla prima sentenza così dando ad esso attuazione, seppur tardivamente: infatti, secondo il giudice, alla scadenza del termine di centottanta giorni, fissato dalla sentenza del 1994, era conseguito per l'amministrazione la perdita del potere di auto assoggettamento al giudicato, residuando unicamente spazio per un intervento sostitutivo del giudice dell'ottemperanza.

L'amministrazione, secondo il Consiglio di Stato, viene spogliata del potere di provvedere nel momento in cui sono adottati gli atti necessari ad ottemperare al giudicato, ovvero nel momento in cui viene nominato il commissario *ad acta*; qualora, invece, la decisione emessa nel giudizio di ottemperanza fissasse all'amministrazione un termine per provvedere – termine da intendersi come perentorio, perché si è già registrato un inadempimento dell'amministrazione, malgrado il giudicato e la rituale messa in mora – si intende compiere «*l'ultimo tentativo di consentire all'amministrazione di auto assoggettarsi al giudicato*». Decorso inutilmente questo termine, il giudizio di ottemperanza pro-

⁽⁸¹⁾ L'espressione è di F. PATRONI GRIFFI, *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, cit. 1015.

seguirà come un giudizio per l'esecuzione forzata in forma specifica, «*in cui il potere di concretare il giudicato viene esercitato dal giudice direttamente*». Ancor di più, il giudice dell'ottemperanza in questa fase potrà anche tener conto degli atti eventualmente posti in essere dall'amministrazione dopo la scadenza del termine «*ma ciò ai fini di economia del giudizio*», potendo, «*ove venga emanato a termine scaduto, un provvedimento interamente satisfattivo in relazione al giudicato, (...) confermarne il contenuto, avvalorando una legittimazione a provvedere tardivamente esercitata dall'autorità amministrativa*».

Diversamente, il giudice dell'ottemperanza, operando con gli stessi poteri della p.a., provvederà in prima persona o tramite il commissario a modificare o integrare l'atto che reputi solo parzialmente satisfattivo, ovvero a sostituirlo integralmente con un altro ove non lo ritenga neppure parzialmente idoneo a concretizzare il giudicato.

La sentenza in questione si lascia, dunque, apprezzare per il penetrante intervento sostitutivo del giudice che ha provveduto egli stesso – in via diretta – alla riformulazione di numerosi articoli, creando la norma ed esercitando contestualmente il potere giurisdizionale, quello amministrativo e, apparentemente, quello normativo, tenendo presente che lo statuto S.I.A.E. integra un regolamento di organizzazione che, a norma della l. 400 del 1988, richiede la deliberazione del Consiglio dei Ministri e la previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato⁽⁸²⁾

Tuttavia, deve osservarsi, che, se è vero che la decisione è stata emessa nei confronti ed in sostituzione della S.I.A.E. e della Presidenza del Consiglio dei Ministri – per cui solo le fasi della procedura rientranti nella sfera dei rispettivi organi possono intendersi come oggetto delle determinazioni e disposizioni giurisdizionali, che creano l'ulteriore obbligo per la Presidenza del Consiglio di proposta vincolata – è, altresì, vero che permane l'esigenza di un decreto del Presidente della Repubblica che completi l'*iter* procedimentale delle modifiche regolamentari ed è l'unico atto che dovrà poi essere pubblica-

⁽⁸²⁾ Così A. LUCE, *Ancora sul giudizio di ottemperanza*, nota a Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 4, 805.

to in Gazzetta Ufficiale; provvedimento, rispetto al quale non può configurarsi un potere sostitutorio del giudice amministrativo⁽⁸³⁾.

Giova, da ultimo, osservare come la pronuncia in parola sia stata preceduta da altro significativo arresto della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, sempre in punto di attività sostitutiva del giudice amministrativo, avente ad oggetto la potestà regolamentare del Governo⁽⁸⁴⁾.

Si tratta di una pronuncia in materia di dichiarazione di appartenenza ai gruppi linguistici nell'ambito della Provincia autonoma di Bolzano.

Più nel dettaglio, con sentenza 7 giugno 1984, n. 439, la Quarta Sezione della massima assise di giustizia amministrativa, annullava alcune disposizioni del d.P.R. 28 settembre 1981, n. 542 contenente le norme regolamentari per lo svolgimento del censimento generale del 1981. Il regolamento veniva annullato nella parte in cui escludeva che i cittadini residenti in provincia di Bolzano, rendendo (personalmente o a mezzo del legale rappresentante, se minori o incapaci), la speciale dichiarazione di appartenenza ai gruppi linguistici, a norma dell'art. 89 dello Statuto speciale delle relative norme di attuazione, potessero dichiararsi (tale essendo la loro effettiva condizione) allogliotti o mistilingui. L'impugnativa veniva, dunque, accolta nella misura in cui si dirigeva contro le norme regolamentari che non lasciavano alcun margine per dichiarazioni diverse da quella per uno dei tre gruppi riconosciuti.

Senonché, dopo il suddetto parziale annullamento, in assenza dell'emanazione di norme sostitutive che consentissero a chi si trovasse nella condizione di allogliotto o mistilingue di dichiararsi tale ai fini censitari, veniva radicato dai ricorrenti vittoriosi un primo ricorso per l'ottemperanza del giudicato, in accoglimento del quale il g.a. ordinava

⁽⁸³⁾ In questi termini, R. CHIEPPA, *Osservazione, cit.*, 88 il quale rileva ulteriormente che: « *la formula usata (...) nella motivazione "il testo del d.P.R. 20 ottobre 1962, n. 1842 con le modifiche apportate dai d.P.R. deve essere ulteriormente modificato come di seguito precisato in dispositivo", e del dispositivo "dispone...che al regolamento...vengano apportate le ulteriori modificazioni ed integrazioni di seguito elencate..."*, può avere un solo significato conforme al riparto dei poteri costituzionalmente previsti. Ed è quello che la decisione non è immediatamente auto applicativa, con incisione immediata e diretta sull'ordinamento dell'Ente (Statuto approvato con decreto del Presidente della Repubblica) né tanto meno ha effetti creativi di norma regolamentare. Questo effetto può prodursi solo con l'ulteriore adempimento vincolato di proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e con la formazione dell'atto finale, cioè il decreto del Presidente della Repubblica che contenga le modifiche regolamentari».

⁽⁸⁴⁾ Si tratta di Cons. St., 4 luglio 1991, n. 539, in *Cons. Stato*, 1991, 1099 ss.

al Governo di emanare entro una precisa data (17 febbraio 1988) disposizioni regolamentari integrative che prevedessero un termine entro cui rinnovare le operazioni censitarie a beneficio di chi avesse inteso rendere la dichiarazione di appartenenza linguistica utilizzando una delle categorie non previste dalla normativa originaria, oltre alla possibilità di indicare, in luogo di uno dei tre gruppi stabiliti (italiano, tedesco, ladino) «una delle due seguenti alternative “altro” e “misto”, intendendosi dichiarata con “altro” la condizione di alloglotto e con “misto” quella di appartenente a più di uno dei tre gruppi ufficiali».

Tuttavia, persistendo l'inadempimento del Governo, i ricorrenti medesimi dovevano introdurre un ulteriore giudizio di ottemperanza, all'esito del quale il Consiglio di Stato, ritenendo di potersi sostituire all'autorità inadempiente, emanando direttamente le disposizioni occorrenti, incaricava dell'attività adempitiva il Commissario del Governo per la Provincia di Bolzano, «*occorrendo anche in veste di commissario ad acta*», affinché entro quindici giorni dal ricevimento della sentenza, provvedesse a pubblicare nel Bollettino ufficiale della Regione Trentino-Alto Adige, un avviso contenente tutte le informazioni ed indicazioni utili affinché gli aventi titolo, potessero esercitare la facoltà loro spettante, rendendo la dichiarazione integrativa di appartenenza linguistica⁽⁸⁵⁾.

2.5. I poteri sostitutivi indiretti: il commissario ad acta

Il giudice dell'ottemperanza, come già anticipato in precedenza, potrebbe sostituirsi agli organi amministrativi inadempienti anche in via indiretta attraverso un commissario *ad acta* da esso eventualmente nominato.

La possibilità da parte del giudice di sostituirsi all'amministrazione anche ai fini di valutazioni tipicamente discrezionali, creerebbe tuttavia, secondo autorevole dottrina, molte incertezze, in ragione del fatto che la discrezionalità amministrativa implica sovente

⁽⁸⁵⁾ «(...) La dichiarazione sarà fatta per iscritto, in conformità al seguente testo: «Il sottoscritto... ai sensi della decisione n... del... Consiglio di Stato – IV Sez., dichiara di essere “alloglotto” ovvero “mistilingue”; in alternativa la dichiarazione sarà del seguente tenore: «Il sottoscritto..., quale legale rappresentante di... ai sensi della decisione n... del... del Consiglio di Stato – IV Sez., dichiara che la suddetta persona è...»; si applicherà il secondo comma dell'art. 18, D.P.R. 26 luglio 1972 n. 752, come modificato dal D.P.R. 24 marzo 1981 n. 216».

decisioni di matrice politica oltre «alla capacità dell'amministrazione di attribuire rilievo giuridico a proprie scelte ideologiche». A tale stregua, la nomina di un commissario *ad acta* viene ritenuta preferibile rispetto all'adozione in via diretta da parte del giudice delle misure di competenza dell'amministrazione riottosa.

Il commissario – di regola scelto fra funzionari di altre amministrazioni e spesso nella persona del Prefetto - rappresenta un istituto che segna con la sua attività «*il punto di sutura e saldatura*» tra attività giurisdizionale ed amministrativa⁽⁸⁶⁾.

Funzioni e poteri commissariali trovano un primo immediato riscontro con la sua qualificazione giuridica. In particolare, il commissario *ad acta* «*in quanto delegato dal giudice amministrativo, ha il potere di emanare i necessari provvedimenti amministrativi anche in deroga alle vigenti competenze*». Allo stesso, è, altresì, «*demandato l'onere di porre in essere ogni attività idonea a dare esecuzione alla decisione*»⁽⁸⁷⁾.

A tale ultimo riguardo, dal punto di vista degli effetti dell'attività posta in essere in sostituzione dell'amministrazione inadempiente, egli esplica un'attività sostanzialmente amministrativa, ciò che ha fatto propendere in passato taluni commentatori e la stessa giurisprudenza, per una sua qualificazione come organo straordinario di amministrazione attiva⁽⁸⁸⁾ o, perlomeno, come organo misto, ausiliario del giudice per alcuni aspetti, e dell'amministrazione per altri, in forza della distinzione fra atti posti in essere in funzione strumentale di adeguamento della realtà alle statuizioni contenute nel giudicato e atti che, non avendo una funzione integratrice di comportamenti omissivi della p.a., si pongono come espressione della riedizione del potere amministrativo⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ In questi termini, M. CLARICH, *Il giudizio amministrativo di esecuzione, cit.*, 344.

⁽⁸⁷⁾ Per un'attenta disamina dei poteri commissariali cfr. S. PELILLO, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, cit.*, 313 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 1990, n. 70, in *Giur. it.*, 1991, III, 1, 24 ss. Osserva, peraltro, M. CLARICH, *il giudizio amministrativo di esecuzione, cit.*, 345 muovendo dai principi generali in materia di atti giuridici. che nonostante i provvedimenti amministrativi emanati dal commissario in luogo dell'amministrazione siano in grado di produrre gli stessi effetti giuridici che si sarebbero prodotti qualora l'amministrazione avesse adempiuto spontaneamente agli obblighi nascenti dal giudicato, l'identità di effetti non postula necessariamente l'identità di regime dell'atto posto in essere per quanto riguarda le modalità procedurali di adozione e, soprattutto, gli strumenti per verificarne la legittimità.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Cons. giust. amm., 21 dicembre 1982, n. 92, *Foro it.*, 1982, I, c. 1649.

Sappiamo, tuttavia, che essendo riconosciuti al giudice dell'ottemperanza, nell'esercizio di una giurisdizione definita di merito, i più ampi poteri cognitori e di intervento attivo sull'atto e/o nell'attività che sarebbe di spettanza dell'amministrazione, egli può esercitare tali poteri direttamente, oppure, ove la complessità della situazione non lo consenta o lo sconsigli, a mezzo di un commissario scelto nell'ambito dell'amministrazione stessa, non necessariamente di quella che deve eseguire il giudicato.

Anche a fronte di quanto precede, la tesi oggi prevalente, configura il commissario come ausiliario del giudice, traendo questi la sua investitura dall'atto di incarico, proveniente dal giudice dell'ottemperanza e avente natura sicuramente giurisdizionale⁽⁹⁰⁾. Costui va, dunque, inteso come ausiliario nell'accezione del termine comune alla dottrina processualcivilistica e, cioè, come soggetto che incardinato anche temporaneamente e occasionalmente nell'ufficio giudiziario, collabora con il giudice in via strumentale per l'adozione dei provvedimenti necessari per la realizzazione in concreto della pronuncia giurisdizionale⁽⁹¹⁾.

L'attività del commissario *ad acta* sconta, in ogni modo, gli stessi problemi del giudizio di ottemperanza e, dunque, gli stessi limiti cui è sottoposto il potere del giudice amministrativo in tale sede.

Autorevole dottrina ha sostanzialmente qualificato l'attività commissariale come «*proiezione nel mondo esterno di un comando del giudice e, quindi, della traduzione nel concreto della attribuzione della potestas decidendi che non sempre ha o può avere contenuti rigidamente predeterminati*», tali da consentire al giudice di portarli direttamente ad attuazione⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ La configurazione del commissario *ad acta* come ausiliario del giudice e la riconduzione dei suoi atti all'esercizio della giurisdizione esecutiva, affonda le radici in una ormai risalente pronuncia della Corte Costituzionale (Corte Cost., 12 maggio 1977, n. 75, in *Giur. it.*, 1978, I, 980) – secondo cui l'attività del giudice dell'ottemperanza ha natura giurisdizionale e l'attività del commissario è strumentalmente collegata alla stessa – recepita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella più volte citata sentenza pilota 14 luglio 1978, n. 23, secondo cui il commissario è un organo del giudice dell'ottemperanza e i suoi atti sono comunque impugnabili davanti allo stesso giudice.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 maggio 1987, n. 297, in D. SORACE, A. BATTAGLINI, A. CORPACI, W. GASPARRI, *Giustizia amministrativa*, cit., 360, 361.

⁽⁹²⁾ Cfr. S. PELLILLO, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 314, secondo il quale sarebbero in realtà poche le situazioni che si prestano ad essere compiutamente disciplinate in via immediata con la sentenza. Nella maggior parte dei casi si renderebbe necessario, «*gestire nell'ambito na-*

Il commissario *ad acta* trae i suoi poteri non già dalla p.a., bensì da una sorta di delega proveniente dal giudice dell'ottemperanza, al pari di quanto si verificherebbe per i periti o gli interpreti⁽⁹³⁾. L'ampiezza dei poteri commissariali dipenderà poi, di riflesso, dal contenuto del giudicato inadempito; essi potranno estrinsecarsi, a seconda delle situazioni dedotte in giudizio, in attività sia vincolata, come, per esempio, la restituzione di beni illegittimamente espropriati, sia discrezionale, quindi comportante l'uso di un potere di scelta⁽⁹⁴⁾, in ossequio all'orientamento ormai pacifico in giurisprudenza che vuole che l'attività sostitutiva del giudice dell'ottemperanza possa involgere apprezzamenti di merito e, dunque, quelle valutazioni discrezionali appannaggio dell'amministrazione inadempiente.

In ogni modo, una volta nominato il commissario, il giudice non deve intendersi esautorato, mantenendo quest'ultimo un incisivo potere di vigilanza sull'operato del suo ausiliario⁽⁹⁵⁾, nonché un potere di risolvere eventuali contestazioni sul suo operato⁽⁹⁶⁾, ponendo le sue determinazioni, laddove trasmodanti dalle specifiche indicazioni del giudice

*turale (con l'osservanza delle regole) il procedimento e pervenire alla adozione finale del provvedimento»; come nel caso ben rappresentato da M. MAFFEZZONI, *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1986, II, 308, del giudicato di annullamento di un diniego di concessione, rimasto inadempito, in ordine al quale, attivato il giudizio di ottemperanza, dovranno acquisirsi, evidentemente per mano del commissario, gli elementi della fattispecie, attraverso adeguata istruttoria, visionare gli strumenti urbanistici, convocare la commissione edilizia e, tenuto conto delle indicazioni portate dalla sentenza di ottemperanza, ove ve ne siano, emenare il nuovo provvedimento.*

⁽⁹³⁾ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. 1833.

⁽⁹⁴⁾ Emerge qui il distinguo fra obbligo di esecuzione in senso stretto, da intendersi come realizzazione delle statuizioni tassative e puntuali della sentenza e dovere di ottemperanza come realizzazione delle statuizioni della sentenza che postulano scelte discrezionali da parte della p.a.; cfr. sul punto A. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, cit., 308, 309. In dottrina si è ulteriormente affermata la scomponibilità in due parti dell'atto commissariale, costante di una parte – necessaria – consistente nell'attuazione consistente nell'attuazione di un preciso comando giudiziale ed una seconda – eventuale – volta a riempire quegli spazi liberi attraverso l'esercizio di quell'attività discrezionale non coperta dal giudicato (cfr. M. MAFFEZZONI, *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, cit., 309).

⁽⁹⁵⁾ Cfr. A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., il quale ricorda come, opportunamente, alcuni giudici amministrativi, quando il giudice comunica di aver completato la sua attività, fissano in ogni caso un'udienza per verificare che il giudicato sia stato correttamente eseguito.

⁽⁹⁶⁾ Cfr., fra le tante, Cons. St., sez. V, 5 maggio 1993, n. 543, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2283. Anche se la competenza del giudice dell'ottemperanza viene meno qualora il vizio dedotto non sia ricollegabile all'attività esecutiva demandata dal giudice al commissario, ma si sostanzia in un'illegittimità di altra natura, che deve essere fatta valere attraverso un'impugnazione ordinaria innanzi al giudice della legittimità. Sul punto, cfr. Cons. St., sez. V, 1 aprile 1996, n. 328, in *Cons. Stato*, I, 1995, 577. *Contra* B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 164 ss. secondo il quale il giudice dell'ottemperanza avrebbe competenza in ogni caso a prescindere dal vizio concretamente dedotto.

dell'osservanza, essere oggetto di un ricorso dinanzi a costui, esperibile anche dall'amministrazione sostituita⁽⁹⁷⁾.

In ultima analisi, conviene brevemente accennare a una questione che da tempo agita il dibattito in dottrina e giurisprudenza: se ed in che misura, una volta nominato il commissario o scaduto un nuovo termine imposto all'amministrazione dal giudice dell'ottemperanza, l'amministrazione conservi il potere di adempiere.

La giurisprudenza ritiene, per lo più, che l'amministrazione verrebbe privata del suo potere nel momento in cui viene assunta direttamente dal giudice la decisione contenente il provvedimento concreto reso in ottemperanza al giudicato ovvero in quello in cui viene nominato il commissario⁽⁹⁸⁾.

Per converso, ove venga fissato all'autorità un termine per adempiere, questo assume carattere perentorio, un tanto risultando evidente nel caso in cui la prefissione del termine sia accompagnata dalla nomina del commissario, poiché una volta scaduto, il potere provvedimentale si trasferirebbe in automatico a tale soggetto.

Anche se il contenuto degli atti eventualmente adottati dall'amministrazione dopo questo momento e soddisfatti del giudicato, potrebbe essere confermato dal giudice dell'ottemperanza, il quale avvalorerebbe in questo modo una legittimazione a provvedere tardivamente in capo all'autorità amministrativa⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298, in *Cons. Stato*, 1995, I, 232 ss.

⁽⁹⁸⁾ Il problema del momento in cui l'amministrazione viene a dismettere ogni potere di provvedere nel merito a seguito, della proposizione del ricorso in ottemperanza, veniva così affrontato da, Cons. St., ad. plen., 14 luglio 1978, n. 23, *cit.* e, prima ancora, Cons. St., Ad. Plen., 9 marzo 1973, n. 1, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 398 ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41, in *Foro amm. CS*, 1995, 1, 78 ss.

CAPITOLO II

IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA INOTTEMPERANZA

1. Danno da inadempimento del giudicato amministrativo di annullamento e sua autonomia rispetto al danno da attività provvedimento illegittimo

Una volta sceso il giudicato sulla sentenza di annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, sappiamo che la p.a. ha l'obbligo di conformarsi ad esso adeguando la realtà alla *regula juris* scolpita nel giudicato medesimo.

Senonché, nell'ipotesi in cui l'autorità rimanga inerte ovvero violi o eluda il giudicato, al ricorrente vittorioso è dato, come visto sin qui, il rimedio del ricorso in ottemperanza.

Una volta ottenuta soddisfazione attraverso il giudizio promosso ai sensi dell'art. 27 n. 4 t.u. Cons. St., potrebbe ancora residuare, al ricorrente vittorioso, un danno connesso alla tardiva realizzazione di quell'assetto che sarebbe dovuto scaturire all'annullamento del provvedimento illegittimo della p.a., ma che è venuto in essere solo a seguito del decorso di un notevole lasso di tempo o, peggio ancora, che appare non più attuabile, per cui il giudizio di ottemperanza non sarebbe di per sé solo in grado di garantire al ricorrente una tutela piena ed effettiva.

In tale ultimo caso, oltretutto, lo strumento dell'ottemperanza si rivelerebbe del tutto inutile, se non vi fosse la possibilità di ottenere nella medesima sede un risarcimento per equivalente in ordine alla perdita definitiva del bene spettante dovuta alla inesecuzione del giudicato⁽¹⁰⁰⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Si tratta di ipotesi in cui l'impossibilità di ottenere il bene e, dunque, di dare esecuzione alla sentenza, è legata ad una sopravvenienza fattuale o giuridica intervenuta successivamente al giudicato di annullamento. Si pensi al caso del definitivo annullamento di un decreto di esproprio cui non sia seguita la spontanea restituzione dell'immobile al proprietario, per il che si è reso necessario radicare il giudizio di ottemperanza. Ove l'amministrazione opponesse, in questa sede, una legittima sopravvenienza impediente l'esecuzione del giudicato, al privato dovrebbe essere riconosciuto, in funzione surrogatoria anche il danno c.d. petitorio, consistente nel controvalore del bene, derivante appunto dalla definitiva perdita dello stesso

Si parla, dunque, nelle predette ipotesi, di danno da violazione del giudicato, quale tipologia di pregiudizio da tenere ben distinta dal danno connesso alla ritardata emanazione di un provvedimento di segno positivo per il privato, successivo all'annullamento giurisdizionale di un precedente provvedimento di diniego.

Nel primo caso, il danno è una conseguenza dell'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di conformarsi al giudicato, derivante dalla mancata o tardiva esecuzione della sentenza da parte dell'autorità e che va, dunque, a coprire il lasso di tempo intercorrente fra il giudicato di annullamento e la sua compiuta attuazione, spontanea – seppur intempestiva – o indotta dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza.

Nel secondo caso invece, il danno copre la fase antecedente alla formazione del giudicato e costituisce una voce del più ampio danno da illegittimo provvedimento. Quest'ultimo è oggetto di una pretesa distinta, e riguarda un primo segmento della vicenda amministrativa, cioè quello che va dall'emanazione del provvedimento alla sentenza demolitoria. Né potrebbe andare oltre, non essendo prevedibile in sede di cognizione se e quando l'amministrazione eseguirà la sentenza e se l'ottemperanza che verrà eventualmente assicurata dall'amministrazione alla sentenza, potrà effettivamente ripristinare la situazione soggettiva lesa.

Sul punto, occorre in ogni modo distinguere fra annullamento di provvedimenti ablatori e annullamento del diniego di un provvedimento ampliativo.

(A) Nel caso di annullamento di un provvedimento restrittivo, il pregiudizio direttamente connesso all'attività provvedimentale illegittima, coinciderà per lo più con il mancato godimento del bene sino alla pronuncia di accoglimento dell'impugnativa.

Per converso, in caso di mancata ottemperanza al giudicato di annullamento e, in particolare, dell'obbligo ripristinatorio – cioè l'obbligo di restaurare lo *status quo ante* – il

cagionata dall'illecito ritardo nella conformazione al giudicato. Va, peraltro, tenuta distinta dalla situazione che precede quella affatto distinta in cui già al momento della pronuncia di annullamento risulta chiaramente che non è più utile per il ricorrente la rinnovazione del potere conformemente alla regola concreta dedotta in sentenza, potendo in tal caso, il giudice amministrativo immediatamente accogliere la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

ritardo (ulteriore)⁽¹⁰¹⁾ nella restituzione andrà fatto valere con una autonoma domanda fondata su di un fatto illecito, quale l'inosservanza del rapporto obbligatorio conformativo-esecutivo, diverso dall'attività provvedimento illegittima⁽¹⁰²⁾.

Più nel dettaglio, l'omessa restituzione da parte dell'autorità soccombente di un immobile illegittimamente espropriato, integrerà una violazione del giudicato di annullamento con riferimento all'effetto ripristinatorio ivi connaturato.

In particolar modo, rileverà nella fattispecie l'inadempimento dell'obbligazione di restituzione dell'indebito di fonte giudiziale, il quale sarà produttivo di un danno ulteriore rispetto a quello derivante dall'illegittimo provvedimento ablatorio, conseguente all'illecita inerzia tenuta dall'amministrazione a partire dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento e azionabile in sede di ottemperanza unitamente alla domanda di restituzione ed eventualmente a quella di riduzione in pristino del bene medesimo⁽¹⁰³⁾.

Laddove la p.a. adduca in quella sede sopravvenienze ostative all'esecuzione, al privato andrà riconosciuto, peraltro, anche il danno da perdita definitiva del bene.

⁽¹⁰¹⁾ Il danno da ritardo come categoria generale in cui va collocato anche il danno da inosservanza del giudicato – nella sua duplice forma di tardiva conformazione o di definitiva inottemperanza – è geneticamente collegato all'annullamento del provvedimento illegittimo. Esso, infatti, consiste sostanzialmente: a) in caso di conformazione spontanea dell'amministrazione al giudicato di annullamento nel pregiudizio derivante dal ritardo – connaturale alla perdurante efficacia del provvedimento amministrativo illegittimo sino alla sua eliminazione da parte del g.a. nonché alla retroattività degli effetti eliminatori, conformativi e ripristinatori della pronuncia di annullamento – nell'ottenimento o nella ripristinazione della situazione giuridica soggettiva incisa dal potere amministrativo; oppure b) in caso di mancata ottemperanza al giudicato, nell'ulteriore ritardo nell'attuazione degli effetti conformativi e ripristinatori delle pronunce di annullamento, pur dopo la formazione del giudicato.

⁽¹⁰²⁾ Responsabilità da attività provvedimento illegittima che viene iscritta prevalentemente nell'alveo della responsabilità aquiliana, diversamente da quella generata dall'inottemperanza al giudicato che si tradurrebbe in un illecito di matrice contrattuale come si dirà oltre.

⁽¹⁰³⁾ In particolare Cons. St., sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290, in *Dir. giust.*, 2006, 10, 80, ha affermato che il proprietario del fondo illegittimamente occupato dalla p.a. in esito a declaratoria di illegittimità dell'occupazione e all'annullamento dei relativi provvedimenti può legittimamente domandare nel giudizio di ottemperanza sia il risarcimento, sia la restituzione del fondo che la sua riduzione in pristino. Quanto all'azione restitutoria essa costituisce strutturalmente attuazione del *decisum* e, quindi, trova la sua naturale allocazione in sede di giudizio di ottemperanza, in quanto consente e determina quell'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto che rappresenta la finalità tipica del giudizio di ottemperanza, realizzando quell'esigenza di completamento della tutela giurisdizionale amministrativa ribadita anche dalla Consulta con sentenza n. 204/2004 (in questi precisi termini, Cons. St., Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, in *Foro amm. CS*, 2005, 4, 1058).

In questo modo il risarcimento, ottenuto in parte nel giudizio di cognizione e in parte in quello di esecuzione andrà a coprire l'intero pregiudizio subito dall'interessato in forza dell'illegittima privazione del bene⁽¹⁰⁴⁾.

L'esperimento dell'azione risarcitoria per violazione del giudicato in sede di ottemperanza affonderebbe le proprie radici in quella che viene comunemente definita "nuova conseguenza pregiudizievole" e, cioè, una nuova ed autonoma lesione della sfera dell'interessato, contrapposta alla nozione aggravamento di un danno già insorto, che al contrario, costituendo un mero sviluppo di un danno già insorto, non legittima alla reiterazione della domanda risarcitoria⁽¹⁰⁵⁾.

(B) Nella diversa ipotesi di annullamento di un provvedimento ampliativo, bisogna distinguere il caso in cui la p.a. in esecuzione spontanea del giudicato di annullamento renda il provvedimento precedentemente negato, dal caso in cui il bene della vita agognato dal ricorrente venga conseguito solamente in esito al giudizio di ottemperanza.

In entrambi i casi si discute di un danno da ritardo e, segnatamente, da ritardato ampliamento della sfera giuridica del privato; ampliamento che sarebbe dovuto intervenire come epilogo del procedimento amministrativo originariamente radicato con istanza del privato.

Tuttavia, mentre nella prima situazione la pretesa risarcitoria azionabile, riguarderà esclusivamente un danno da attività provvedimento illegittima - non avendo luogo una violazione del giudicato, se è vero che la p.a. accorda l'utilità prima negata, a seguito del-

⁽¹⁰⁴⁾ In proposito, particolarmente interessante appare un caso sottoposto al vaglio della IV sezione del Consiglio di Stato. Nella pronuncia in parola il Consiglio di Stato ha riconosciuto al ricorrente che già aveva ricevuto il ristoro del controvalore del bene acquisito coattivamente dalla p.a., il risarcimento del danno – qualificato come lucro cessante – per mancato godimento dello stesso, dall'occupazione alla perdita definitiva, nella misura della differenza tra l'importo liquidato con l'atto di acquisizione, comprensivo degli interessi moratori sulla somma, e la misura monetaria del danno effettivo provato dal ricorrente. Osserva, tuttavia, L. MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, in nota a Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro amm. CS*, 2003, 12, 3723 che la definizione del pregiudizio in questione come lucro cessante non sia condivisibile, configurandosi esso come pregiudizio temporaneo alla facoltà di godimento dell'immobile, paragonabile al c.d. danno possessorio e distinguendosi dal c.d. danno petitorio – al quale può in ogni caso essere cumulato, trattandosi di due distinte forme di lesione alla sfera patrimoniale del privato – che, invece, nel caso di specie, veniva liquidato con provvedimento di acquisizione definitiva del bene al patrimonio indisponibile della p.a.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. Cass. civ., sez. II, 25 novembre 1996, n. 10448, in *Arch. civ.*, 1997, n. 265; Cass. civ., sez. III, 21 maggio 1996, n. 4677, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 467.

la rinnovazione del potere discrezionale successivo al giudicato di annullamento⁽¹⁰⁶⁾ - nella seconda, la pretesa risarcitoria sarà duplice e riguarderà un danno scomponibile in due voci: una prima voce relativa al ritardo antecedente alla formazione del giudicato e commisurato al pregiudizio che avrebbe patito il ricorrente, qualora l'autorità si fosse spontaneamente conformata al giudicato; una seconda voce di danno, propriamente da inadempimento dell'obbligo conformativo scaturente dalla pronuncia del g.a., volta a coprire il segmento temporale intercorrente fra il giudicato e la sua concreta attuazione.

Rimane fermo, sia nella prima che nella seconda ipotesi, che il danno c.d. da ritardo nelle forme illustrate, potrà essere compiutamente apprezzato solamente *a posteriori*, cioè una volta che il privato abbia effettivamente ottenuto ciò cui aspirava con l'istanza a suo tempo illegittimamente rigettata dalla p.a.⁽¹⁰⁷⁾, a meno che non si verta in tema di potere amministrativo vincolato, per cui la spettanza del bene si cristallizza già in esito al giudizio di cognizione⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ In tal caso, si rientra, infatti, nella responsabilità c.d. da provvedimento, in quanto il danno è provocato dal primo diniego, illegittimo, e dal conseguente ritardo nel rilascio del provvedimento richiesto. Qui, il ritardo produttivo di danno deriva dal fatto che l'amministrazione ha prima adottato un provvedimento illegittimo, sfavorevole al privato (es. diniego di permesso di costruire), ed ha poi emanato altro provvedimento, questa volta legittimo e favorevole, a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale del primo atto (cfr. R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 624, 625).

⁽¹⁰⁷⁾ Osserva L. MANCINI, *La responsabilità della p.a. per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, cit., 3708 e, *ivi* in nota a margine 22, che la tutela risarcitoria dell'interesse pretensivo e della perdita definitiva del bene della vita sotteso all'interesse oppositivo deve collocarsi alla fine del processo amministrativo di legittimità e di ottemperanza che accerta la concreta spettanza al ricorrente del bene della vita. Ottenuta, con la conformazione al giudicato, la tutela specifica di tale interesse, il risarcimento per equivalente interviene *ex post* a riparare eventuali spazi di pregiudizio determinati dal ritardo o dalla parzialità del ripristino. Avverte, inoltre, l'A. che nel caso in cui, sin dal giudizio di legittimità, l'amministrazione prospetti un'impossibilità definitiva di attuare l'assetto stabilito dal giudice amministrativo, non potrà che farsi luogo al giudizio prognostico secondo i dettami di Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cioè il giudizio sul prevedibile sbocco del procedimento.

⁽¹⁰⁸⁾ È principio condiviso in seno al Consiglio di Stato quello per cui in caso di violazione di un interesse pretensivo, nelle ipotesi nelle quali l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale, solo dal nuovo esercizio del potere possono – a rigore – derivare certezze in ordine alla spettanza del bene cui il privato aspira (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2006, n. 5323, in *Foro amm. CS*, 2006, 9, 2585). Per converso, allorché si tratti di attività vincolata, il giudice riscontrata la sussistenza dei presupposti di legge, potrà stabilire che, data quella situazione, la p.a. avrebbe dovuto adottare quella certa determinazione, con la precisazione che la natura vincolata dell'*agere* amministrativo può emergere anche a seguito di un giudicato di annullamento, nella misura in cui caducato in sede giurisdizionale un primo provvedimento di diniego e sostituito lo stesso con una nuova e diversamente motivata reiezione dell'originaria istanza, venga resa un'ulteriore pronuncia demolitoria da parte del g.a. (cfr. sul punto Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, *cit.*).

2. Fondamento e natura della responsabilità da inadempimento del giudicato amministrativo

Premessa doverosamente la distinzione fra il danno discendente dalla mancata o ritardata esecuzione del giudicato amministrativo e il danno prodotto direttamente dall'attività provvedimento illegittima stigmatizzata con il giudicato demolitorio, conviene ora analizzare il fondamento della responsabilità da inottemperanza della p.a. e, conseguentemente, individuare il modello qualificatorio più appropriato.

Preliminarmente è necessario scrutinare la natura giuridica della situazione giuridica soggettiva di cui sono rispettivamente titolari pubblica amministrazione e privato rispetto all'ottemperanza alle statuizioni contenute nel giudicato amministrativo di annullamento.

In altri e più chiari termini, occorre dare risposta al quesito se il ricorrente vittorioso sia o meno portatore di un diritto soggettivo perfetto all'osservanza del giudicato da parte della p.a., a prescindere dalla natura discrezionale o meno del potere che residui in capo all'autorità medesima nella riedizione della propria attività provvedimento.

La questione è da sempre dibattuta, soprattutto in dottrina.

Alla impostazione ermeneutica che ricostruisce la situazione soggettiva della p.a. soccombente in termini di dovere (non già di obbligo) e del privato in termini di interesse legittimo, si è contrapposta quella, seguita dalla giurisprudenza più recente, secondo cui il privato avrebbe un autentico diritto soggettivo all'osservanza del giudicato. A sostegno della tesi del diritto soggettivo, si osserva che il privato vittorioso nel giudizio di cognizione è l'unico in condizione di pretendere o rinunciare all'ottemperanza e che per l'amministrazione sarebbe impossibile sottrarsi all'ottemperanza, non potendo esimersi dall'obbligo di conformarsi al giudicato neanche per comprovate ragioni di interesse pubblico; si aggiunga a sostegno della tesi in parola, il carattere interamente vincolato dell'adempimento e la formulazione testuale dell'art. 90, r.d. n. 642 del 1907 secondo cui i ricorsi in ottemperanza *«possono essere proposti finché duri l'azione del giudicato»*.

Dall'adesione all'orientamento che qualifica in termini di obbligo e diritto le posizioni in discorso, deriva che l'eventuale provvedimento adottato in difformità dalla statui-

zione giurisdizionale è da ritenere affetta non da semplice annullabilità, ma da nullità, in quanto adottata da un'amministrazione il cui potere è stato eroso dal giudicato, cui deve solo conformarsi nell'esercizio di un'attività ormai vincolata.

Conclusione, quest'ultima, come si è già detto, confortata dall'art. 21 *septies* comma 2, l. 241 del 1990 che, superando la distinzione tra violazione ed elusione, qualifica come nullo l'atto violativo o elusivo del giudicato, affidandone la cognizione al giudice amministrativo in sede esclusiva⁽¹⁰⁹⁾.

La posizione giuridica soggettiva del privato, qualificata in termini di diritto, si troverebbe in posizione speculare rispetto alla situazione debitoria dell'amministrazione. Entrambe si collocano in un rapporto obbligatorio, il rapporto conformativo-esecutivo, frutto della novazione del rapporto originario di potestà-soggezione operata dalla sentenza di annullamento⁽¹¹⁰⁾.

Sicché l'obbligo, di natura processuale, avrebbe ad oggetto l'attuazione degli effetti della sentenza in sé considerati e non il bene della vita ottenibile attraverso la riedizione del potere, continuando a vantare il privato rispetto a quest'ultimo, solo un interesse legittimo.

L'inadempimento colpevole, da parte dell'amministrazione, dell'obbligazione nascente dalla statuizione giudiziale definitiva dà luogo, pertanto, ad una responsabilità di natura contrattuale, che trova causa nell'inadempimento di una specifica obbligazione di conformare la realtà giuridico-fattuale alle regole consacrate nel giudicato di annullamento, rinnovando il potere in conformità a quanto in esso statuito o, nel caso di annullamento di un provvedimento restrittivo, ripristinando lo *status quo ante*⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Peraltro, la previsione della nullità per violazione ed elusione del giudicato non ha inteso sostituirsi all'ordinario giudizio di ottemperanza, stanti le evidenti differenze tra le due tipologie di giudizio: «*il giudizio di ottemperanza concerne non solo atti dell'amministrazione, ma altresì comportamenti e inerzie, risulta esteso al merito e consente anche la nomina di un commissario ad acta risulta soggetto a una speciale procedura in camera di consiglio; il giudizio di nullità invece, anche quello per elusione del giudicato, riguarda sempre un atto amministrativo, è un giudizio di accertamento, segue il rito ordinario e quindi non consente un'estensione al merito né la nomina di un commissario ad acta; ne consegue che la pronuncia sul giudizio di ottemperanza non preclude al g.a. l'esame della censura di nullità del provvedimento gravato per elusione del giudicato* (Così, T.a.r. Veneto, Venezia, 27 luglio 2007, n. 2601 in *Foro amm. TAR*, 7-8, 2306).

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. sul punto, F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 1152

⁽¹¹¹⁾ Si osserva, in giurisprudenza, come l'inadempimento di un ordine di restituzione posto da una sentenza passata in giudicato – trovante causa a sua volta nel riconoscimento giudiziale di un'obbligazione di re-

La sentenza di annullamento dell'atto autoritativo, fa sorgere un nuovo rapporto tra le parti durante la fase dell'esecuzione del giudicato, nella quale l'amministrazione ha il potere-dovere di rinnovare gli atti del procedimento e dare corso agli effetti ripristinatori, nel rispetto delle statuizioni del giudice, potendo incorrere in responsabilità, ove siano configurabili tutti gli elementi costitutivi dell'illecito⁽¹¹²⁾.

La natura contrattuale della responsabilità da inottemperanza del giudicato porta, evidentemente, con sé alcuni importanti corollari applicativi in relazione: al termine di prescrizione decennale, conformemente a quello entro il quale andrebbe esperita l'*actio iudicati*; all'area del danno risarcibile per cui al di fuori dei casi di dolo, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione; al calcolo di rivalutazione e interessi con la precisazione che in applicazione dei principi generali sulla responsabilità c.d. contrattuale, sulla somma corrispondente al risarcimento, soggetta a rivalutazione monetaria in quanto debito di valore, competono al ricorrente gli interessi legali con decorrenza dalla domanda giudiziale⁽¹¹³⁾.

Soccorre, in proposito, quel consolidato orientamento giurisprudenziale per cui il debito risarcitorio inerente ai danni da inadempimento di un'obbligazione costituisce – al pari dell'obbligazione risarcitoria per responsabilità extracontrattuale ed aquiliana – un debito non di valuta ma di valore, sicché anche in sede di liquidazione equitativa dei danni predetti, deve tenersi conto della svalutazione monetaria intervenuta *medio tempore*, senza necessità che il creditore alleggi o dimostri il danno maggiore ai sensi dell'art. 1224 comma 2 c.c., e su tale somma rivalutata decorrono gli interessi, atteso che la rivalutazione e gli interessi sulla somma rivalutata adempiono funzioni diverse, poiché mentre la prima mira a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato quale essa era

stituzione dell'indebito – costituisce una condotta antigiuridica che, ove imputabile all'amministrazione, fa sorgere a carico della stessa una specifica obbligazione di risarcimento del danno che – avendo causa nell'inadempimento di un'obbligazione e dando luogo alla responsabilità c.d. contrattuale dell'amministrazione – resta distinta rispetto a quella che trova titolo nell'atto di acquisizione adottato ai sensi del citato articolo 32 *bis*, comma 1.

⁽¹¹²⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4297, in *Guida dir.* 2006, 42, 81.

⁽¹¹³⁾ Se il risarcimento da violazione del giudicato è chiesto in sede di ottemperanza, la domanda giudiziale da cui far decorrere gli interessi legali deve individuarsi nella data del deposito del ricorso introduttivo del giudizio predetto ai sensi dell'art. 91 comma 1 r.d. 17 agosto 1907, n. 642.

prima dell'evento pregiudizievole, i secondi hanno natura compensativa – e sono, quindi, giuridicamente compatibili⁽¹¹⁴⁾.

2.1. *Segue: proponibilità della domanda risarcitoria avanti al giudice dell'ottemperanza*

Dibattuta appare anche la questione inerente all'individuazione del giudice innanzi al quale chiedere il risarcimento del danno, considerato che esso deriva non già dall'atto amministrativo annullato con la sentenza che ha definito il giudizio amministrativo, quanto piuttosto dalla violazione dello stesso giudicato in cui sia incorsa l'amministrazione e, quindi, di una posizione giuridica soggettiva del privato, qualificata in termini di diritto soggettivo perfetto.

Sulla questione, si registra una recente e condivisibile presa di posizione del Consiglio di Stato secondo il quale sussisterebbe la giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno basata sulla mancata o ritardata esecuzione del giudicato amministrativo.

Osserva, sul punto, la massima assise di giustizia amministrativa che non si può ritenere che la fase di esecuzione del giudicato riguardi comportamenti, in quanto tali conoscibili dal giudice ordinario, poiché costituisce per certo espressione di una tipica funzione pubblica riconducibile all'art. 26 l. tar, l'attività con la quale l'amministrazione deve concludere il procedimento e, dunque, rinnovare il potere, a seguito della caducazione giurisdizionale di un proprio atto; *«solo il giudice amministrativo può determinare quali siano le concrete statuizioni della sentenza di annullamento e i doveri ricadenti sull'amministrazione soccombente, con un esame della vicenda sotto il profilo dinamico, che valuti la chance posta alla base della domanda risarcitoria e come sia stata esercitata la funzione di rinnovazione del procedimento (per i profili attinenti all'istruttoria, ai tempi ed al contenuto delle scelte finali)*⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., di recente, Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2009, n. 1335, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, 79.

⁽¹¹⁵⁾ Così, Cons. St., sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4297, in *Guida dir.*, 2006, 42, 81; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro amm. CS*, 2003, 12, 3693. *Contra* Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5704, in *Foro amm. CS*, 2006, 10, 284.

Si aggiunga, che ai sensi dell'art. 7 comma 3 l. T.a.r., il giudice amministrativo, nelle materie attratte alla sua giurisdizione conosce tutte le questioni attinenti al risarcimento del danno e la normativa, messa in relazione con quella che attribuisce sempre al predetto giudice la cognizione dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento del giudicato amministrativo, deve essere interpretata nel senso che affida al giudice amministrativo la cognizione delle domande risarcitorie che si riconnettono in via immediata e diretta con l'inadempimento del giudicato. Ne consegue, che solo nel caso in cui non sia rinvenibile alcuna violazione della regudicata da parte dell'amministrazione, le eventuali pretese risarcitorie derivanti dall'esercizio di attività amministrativa più o meno discrezionale, sono attratte all'orbita cognitiva del giudice individuato secondo gli ordinari criteri di riparto⁽¹¹⁶⁾.

Senonché, salva la possibilità di radicare un autonomo processo di cognizione in punto di risarcimento del danno da violazione del giudicato, la richiesta in questione ben potrebbe essere introdotta già nell'ambito del rito dell'ottemperanza.

In particolare, l'orientamento in parola pur negando in astratto la proponibilità per la prima volta in sede di ottemperanza della domanda risarcitoria⁽¹¹⁷⁾, ritiene che la regola possa soffrire talune eccezioni⁽¹¹⁸⁾, così, ammettendo in questa fase la domanda avente ad

⁽¹¹⁶⁾ In questi precisi termini si esprime Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6316, in *Foro amm.*, 2000, 11

⁽¹¹⁷⁾ L'inammissibilità dell'azione risarcitoria proposta in sede di ottemperanza viene fatta discendere dall'esigenza di garantire il rispetto del doppio grado di giudizio e dall'esigenza di una cognizione piena almeno sull'*an* della pretesa risarcitoria, laddove il giudizio di ottemperanza non sarebbe in grado di assicurare né la cognizione piena, in quanto giudizio di esecuzione, né il doppio grado di giudizio, ove devoluto alla competenza funzionale del Consiglio di Stato. Così, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3382 in *Dir. form.*, 2002, 1569 con nota di C. MARZAGALLI; Cons. St., sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 396, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 663.

⁽¹¹⁸⁾ Il Consiglio di Stato ha individuato almeno tre eccezioni alla inammissibilità dell'azione risarcitoria in sede di ottemperanza. Oltre al danno da inottemperanza vengono in considerazione, innanzitutto, l'ipotesi in cui sia già stata chiesta al giudice della cognizione una condanna alla reintegrazione in forma specifica, la cui esecuzione sia divenuta impossibile per cause sopravvenute al giudicato; in tal caso deve ritenersi consentito al privato optare nella fase esecutiva per una semplice variazione di tutela domandando il risarcimento per equivalente, che essendo addirittura un *minus* rispetto al risarcimento in forma specifica, non potrebbe per certo considerarsi domanda nuova (cfr. Cons. St., sez. V, 7 aprile 2004, n. 1980, in *Giur. it.*, 2004, 1738). Ulteriore deroga ammessa dalla giurisprudenza amministrativa concerne poi l'ipotesi in cui venga proposto in primo grado, un ricorso cumulativo contenente sia la richiesta di esecuzione del giudicato sia la domanda risarcitoria a condizione che, in applicazione del principio di conservazione e di conversione degli atti processuali, sussistano i presupposti di contenuto e forma previsti per un'ordinaria azione cognitoria, quale quella risarcitoria, fermo restando che il rispetto del doppio grado del giudizio costi-

oggetto i danni da violazione del giudicato, ossia quelli maturatisi dopo l'annullamento del provvedimento a cagione dell'inerzia della p.a., nell'adeguarsi agli effetti della pronuncia. La domanda sarebbe proponibile a condizione però che l'ottemperanza si svolga davanti al T.a.r. (quindi che non vi siano deroghe al principio del doppio grado) e i danni di cui si chiede il risarcimento siano stati subiti dopo il giudicato o per effetto dell'inadempimento del giudicato.

Ciò, in quanto in tali fattispecie l'azione di danno è esperita quale effetto del comportamento elusivo di un giudicato e non già quale conseguenza dell'illegittimità dell'azione amministrativa accertata nella sentenza⁽¹¹⁹⁾.

Le ragioni della compatibilità di un momento squisitamente cognitorio, quale sarebbe quello afferente l'accertamento del danno, in un processo principalmente esecutivo, risiederebbero nella connessione oggettiva per identità di *causa petendi* tra l'*actio iudicati*, preordinata a verificare l'inadempimento della p.a. e a valutare il mezzo per rendere effettivo l'ordine di esecuzione, e la domanda risarcitoria scaturente dalla predetta condotta illecita.

Il fatto che la domanda di risarcimento del danno da violazione del giudicato sia del tutto indipendente quanto all'*an* della pretesa risarcitoria, rispetto alla domanda di danni

tuisce un limite invalicabile con la conseguenza che deve conferinarsi l'inammissibilità di una domanda risarcitoria proposta per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza di una decisione del Consiglio di Stato e quindi in un unico grado di giudizio (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332, *Foro amm. CS*, 2002, 6, 1760 ss.).

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Cons. St., sez. IV, 8 marzo 2004, n. 1080, in *Dir. form.*, 2004, 872: «La domanda risarcitoria (salvo alcune peculiari evenienze relative ai danni determinati dall'inosservanza del giudicato di annullamento ed alla pratica impossibilità di ottenere l'ottemperanza cfr. *Tar Campania* 4 ottobre 2001 n. 4485 che va interpretata nei limiti correttamente individuati da *CdS IV* 6/10/2003 n. 5820) è una domanda a sé stante anche se dipendente da quella di annullamento, e specie quando relativa ai danni medio tempore verificatisi, ossia ai pregiudizi subiti prima dell'annullamento ed in pendenza di giudizio, va proposta tempestivamente in primo grado, unitamente o meno alla domanda di annullamento che ne è il presupposto e non può essere introdotta direttamente innanzi al Consiglio di Stato. In sostanza il risarcimento non è modulabile dal giudice amministrativo come un effetto conformativo del giudicato di annullamento, ma costituisce una forma di tutela che richiede apposita domanda, una specifica istruttoria ed un pieno contraddittorio per il doppio grado. Un risarcimento proponibile in ottemperanza è solo quello per i danni da violazione di giudicato ossia per i danni maturatisi dopo l'annullamento, dani, prima della formazione del giudicato di annullamento, futuri e meramente eventuali, mentre, quanto ai danni già subiti (per perdita di chance) per effetto dell'attività amministrativa oggetto del giudizio di annullamento, non può dubitarsi circa la necessità di un'apposita domanda da spiegarsi nel processo di primo grado».

conseguenziali all'annullamento, dipende dalla circostanza per cui l'inottemperanza è un fatto nuovo, costitutivo o integrativo dell'illecito civile.

A tale stregua, la proposizione dell'azione risarcitoria durante o successivamente al giudizio di ottemperanza è ammissibile sia se in sede di cognizione non sia stata proposta alcuna domanda di risarcimento, sia nel caso in cui detta domanda sia stata rigettata allo stato degli atti. Sicché, stante la competenza funzionale del giudice dell'ottemperanza a verificare la violazione del giudicato amministrativo, detta competenza non può non estendersi anche alla pretesa risarcitoria che nella stessa violazione rinvenga il suo titolo⁽¹²⁰⁾. Né sarebbe di ostacolo ad un accertamento siffatto, la natura esecutiva del giudizio di osservanza, attesa, come visto in precedenza, la duplicità di momenti, cognitori oltre che esecutivi, che effettivamente lo caratterizzano.

2.2. *Segue: accertamento e liquidazione del danno*

La sussistenza di un obbligo e di un diritto a contenuto determinato consentono di configurare un rapporto obbligatorio la cui esecuzione diviene adempimento in senso civilistico.

Ne deriva la necessità che lo stesso sia esatto e, cioè, assicuri al ricorrente l'utilità concreta che la sentenza ha riconosciuto come dovuta⁽¹²¹⁾.

In giurisprudenza, ricorre il principio secondo cui essendo l'oggetto del giudizio di ottemperanza costituito dalla verifica se la pubblica amministrazione abbia o meno adempiuto all'obbligo nascente dal giudicato e, cioè, abbia o meno attribuito all'interessato quell'utilità concreta che la sentenza ha riconosciuto come dovuta, a prescindere dal fatto che residuino o meno in capo alla pubblica amministrazione dei poteri discrezionali in ordine alle modalità da seguire al riguardo, l'esecuzione deve essere esatta

⁽¹²⁰⁾ Così, R. MASERA, nota a Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332, in *Foro it.*, 2003, III, c. 322 ss.

⁽¹²¹⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 5 giugno 1995, n. 877, in *Foro amm. CS*, 1995, 6, 1220; Cons. St., sez. VI, 28 maggio 1993, n. 387, in *Cons. St.*, 1993, I, 724.

al pari di quanto avviene nell'obbligazione civile, il cui inesatto adempimento viene sanzionato con la condanna al risarcimento del danno⁽¹²²⁾.

L'utilità concreta potrà assumere il contenuto più vario: potrà consistere «*nel diritto alla restitutio in integrum sotto forma di pretesa alla restituzione del bene in caso di annullamento di provvedimenti ablatori, sotto forma di annullamento del contratto stipulato in seguito ad una aggiudicazione illegittima, nel caso di provvedimento incidente su interessi legittimi pretensivi; può consistere nel diritto alla conformazione alla regola contenuta nel giudicato in caso di riedizione dell'atto che va dal diritto alla non riedizione o all'ottenimento dell'atto in caso di effetto vincolante pieno, al diritto alla riedizione nel rispetto delle regole sostanziali e formali in caso di effetto vincolante semipieno o strumentale*»⁽¹²³⁾.

Si è, peraltro, detto della natura contrattuale della responsabilità da inosservanza del giudicato amministrativo. Un tanto vale a differenziarlo dall'autonomo danno da attività provvedimento illegittimo, di matrice aquiliana, secondo l'orientamento nettamente prevalente in dottrina e giurisprudenza⁽¹²⁴⁾.

Come è noto, alla differenza sostanziale tra le due tipologie di danno corrispondono anche differenze sul piano dell'accertamento e della prova.

Se nel giudizio avente ad oggetto il pregiudizio consequenziale al provvedimento amministrativo illegittimo, il privato deve provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, in quello avente ad oggetto il danno da violazione del giudicato opera, invece, il principio dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c., nella misura in cui viene posta a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile. Ne consegue che l'interessato deve dimostrare esclusivamente il suo diritto e, dunque, in virtù del princi-

⁽¹²²⁾ Così, Cons. St., sez. V, 27 maggio 1991, n. 874, *cit.*, nota 73, 3723.

⁽¹²³⁾ Così osserva L. MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *cit.*, nota 73, 3723.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della p.a. alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 714; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 326. In giurisprudenza cfr., Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Foro amm. CS*, 2007, 4, 1225; Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Foro amm. CS*, 2007, 3, 986; Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in *Foro amm. CS*, 2006, 11, 3085; Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981, in *Dir. Giust.* 2006, 34, 96.

pio della persistenza presuntiva del diritto di credito dunque, la sussistenza di un giudicato di accoglimento. Indi spetterà all'amministrazione la prova di avervi ottemperato.

Ora, se tale distribuzione dell'onere della prova opera per l'accertamento della lesione di quell'interesse meritevole di tutela sotteso alla pretesa creditizia – c.d. danno-evento – altrettanto non può dirsi per le conseguenze pregiudizievoli di carattere economico-patrimoniale eziologicamente avvinte al danno-evento, cc.dd. danni-conseguenza⁽¹²⁵⁾.

I danni-conseguenza devono essere provati dal danneggiato – secondo il principio generale di cui all'art. 2697 c.c. – nella duplice componente del danno emergente, inteso come la diminuzione patrimoniale subita in conseguenza all'inottemperanza al giudicato, e del lucro cessante, quale guadagno patrimoniale netto venuto meno a causa di detta inadempienza⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁵⁾ Così Cass. civ., 13 febbraio 2007, n. 3086, in *Guida dir.*, 2007, 15, 57.

⁽¹²⁶⁾ Sul punto, cfr. M. ROSSETTI, *Accertamento e liquidazione del danno*, in www.giustizia-amministrativa.it.

PARTE II

L'ESPERIENZA TEDESCA

CAPITOLO I

LE MISURE VOLTE A PREVENIRE LA MANCATA ESECUZIONE DELLA SENTENZA AMMINISTRATIVA

1. *Premesse*

Il problema dell'esecuzione della sentenza amministrativa avente ad oggetto un provvedimento amministrativo, è stato affrontato dal legislatore tedesco, prima ancora che attraverso la predisposizione di un meccanismo di coazione, attivabile in presenza di un inadempimento dell'amministrazione⁽¹²⁷⁾, con la previsione di un articolato sistema di misure che consentono di prevenire la mancata spontanea esecuzione delle pronunce del giudice.

Tenendo presente che il più delle volte l'inosservanza delle sentenze è dovuta piuttosto che ad una deliberata volontà di disconoscere l'autorità della cosa giudicata, alle difficoltà obiettive che l'amministrazione incontra nel darvi esecuzione, si è cercato di risolvere preventivamente il problema della compiuta attuazione del *dictum iudicis*, da un la-

⁽¹²⁷⁾ In via di prima approssimazione, anticipando quanto si dirà più diffusamente oltre (Cap. II), l'inottemperanza della p.a. alle sentenze del giudice amministrativo è situazione sì difficile da riscontrare, ma non del tutto assente. Osserva opportunamente W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und Vergleiche gegen Behörden*, in *VerwA* 2000, 12: "In der Praxis ist denn auch die freiwillige Befolgung gerichtlicher Entscheidungen (...) die Regel. Die (bewusst) verschleppende Umsetzung oder gar (bewusste) gänzliche Missachtung zumal gerichtlicher Entscheidungen ist hingegen die seltene Ausnahme, die aber freilich immer wieder aktuell wird, vor allem bei kleineren Selbstverwaltungskörperschaften (...) und in Situationen besonderer politisch-ideologischer Zuspitzung". La mancata previsione di uno strumento, qual è quello peculiare del giudizio di ottemperanza, che consente al giudice di surrogarsi all'autorità inadempiente, è supplita da un meccanismo di coercizione indiretta (§ 172 *VwGO*), sulla falsariga delle *astreintes* francesi, consistente nella possibilità per il giudice di ripetutamente irrogare, applicare e portare ad esecuzione – secondo la procedura esecutiva prevista in materia di crediti in denaro contro la mano pubblica (§ 170 *VwGO*) - una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di Euro 10.000 e fintanto che perduri la resistenza dell'autorità (c.d. *Zwangsgeld*).

to anticipando alla fase di cognizione alcune delle statuizioni proprie del “nostro” giudizio di ottemperanza⁽¹²⁸⁾, e dall’altro, attraverso un impiego esteso della tutela cautelare.

Sotto il primo profilo, ad un sistema di azioni particolarmente ricco si è collegata una corrispondente tipologia di sentenze in grado in molti casi, grazie all’emersione di veri e propri poteri direttivi del giudice, di condizionare la successiva azione della p.a., facilitandone l’attività esecutiva.

Sotto il secondo profilo, l’estensione della tutela interinale, ridimensionando notevolmente i problemi legati all’eliminazione delle conseguenze materiali e, dunque, al ripristino dello *status quo ante*, contribuisce a rendere più agevole se non addirittura superflua la successiva attività di adeguamento della situazione di fatto alla sentenza amministrativa.

2. La determinazione degli effetti della sentenza

Come anticipato in premessa, i casi di inadempimento all’obbligo di conformarsi alle statuizioni del giudice amministrativo sono riconducibili oltre che, talvolta, ad una proditoria volontà di non adempiere, alle difficoltà che la p.a. incontra nell’eseguire (spontaneamente) le sentenze.

Difficoltà che in tanto aumentano quanto più imprecisi si rivelano gli obblighi che scaturiscono dalle pronunce del giudice.

In un’ottica di prevenzione di eventuali successivi comportamenti inottemperanti è, in primo luogo, assai importante che gli obblighi dell’amministrazione derivanti da una decisione del g.a. siano facili da assolvere e perfettamente determinati⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Si intende far riferimento fra le altre alla sentenza sulla c.d. *Verpflichtungsklage*, azione di adempimento dell’obbligo di emettere un certo atto amministrativo, quale pronuncia in grado di assumere un vero e proprio contenuto ordinatorio e, quindi, immediatamente attributiva del bene della vita preteso dal privato sulla base del proprio peculiare dispositivo.

⁽¹²⁹⁾ In questi termini, M. FROMONT, *L’esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel dritto francese e tedesco*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 3, 1989, 523.

Il legislatore tedesco ha cercato di limitare al massimo questo inconveniente, nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa, cercando di definire già a livello normativo e nel modo più puntuale possibile, contenuto ed effetti che debbono assumere le decisioni giurisdizionali in presenza di determinati presupposti.

Con legge del 21 gennaio 1960 sull'ordinamento processuale amministrativo, sono, quindi, state introdotte due distinte azioni, una di impugnazione (in senso stretto) o di annullamento ed un'altra dichiarativa, precisamente di condanna all'emissione di un dato provvedimento.

Si tratta di azioni sul provvedimento⁽¹³⁰⁾, con le quali si dà impulso al controllo giudiziale di legittimità in ordine all'esercizio del potere pubblico.

L'esperienza tedesca, conosce una "scissione" di ciò che per noi è l'azione di impugnazione, nella doppia forma dell'azione di impugnazione in senso stretto o di annullamento (*Anfechtungsklage*) e dell'azione di condanna all'emanazione di un determinato provvedimento detta altrimenti "di adempimento" (*Verpflichtungsklage*).

Si tratta, all'evidenza, di una "scissione" di rilievo non solo processuale, ma anche sostanziale nella misura in cui pare evocare la nostra partizione fra interessi oppositivi ed interessi pretesivi⁽¹³¹⁾.

In linea di principio, ove l'autorità emetta un provvedimento incidente negativamente nella sfera giuridica del destinatario o di un terzo, questi ricorrerà alla *Anfechtungsklage* facendone valere eventuali vizi; per converso, ove il privato aspiri ad ottenere un provvedimento ampliativo della propria posizione giuridica soggettiva e, ciò nonostante, si veda

⁽¹³⁰⁾ Le azioni che possono esperirsi dinanzi ai tribunali amministrativi non si esauriscono con l'azione di annullamento e con quella di adempimento, volta ad ottenere un dato provvedimento: il sistema processuale-amministrativo tedesco conosce, infatti, anche l'azione di accertamento (*Feststellungsklage*) disciplinata dal § 43 e l'azione di condanna della p.a. ad un fare o non fare (*allgemeine Leistungsklage*) non espressamente disciplinata ma presupposta da numerose norme (§ 43.2; 111; 113.4; 169.2; 170). Nella dottrina italiana, per un'accurata rassegna delle azioni nel processo amministrativo tedesco si rinvia a R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di) *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996, 299 ss. e D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento, 2000, 119 ss. Osserva, inoltre, G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa: spunti comparatistici con particolare riferimento all'ordinamento della Repubblica federale tedesca*, in Atti del Convegno su *La giustizia amministrativa nelle Regioni e Province a Statuto speciale*, in *Informator*, 1996, 148, come l'articolazione delle azioni sia una peculiarità del sistema tedesco caratterizzato rispetto a quello italiano da una maggiore ampiezza della giurisdizione amministrativa.

⁽¹³¹⁾ Cfr. G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa*, cit., 151.

opporre un rifiuto espresso ovvero debba constatare l'inerzia della p.a. competente, azionerà il rimedio della *Verpflichtungsklage*, chiedendo la condanna al rilascio del provvedimento rifiutato od omesso.

Quanto delineato in via di prima approssimazione, impone, dunque, una breve ricognizione delle caratteristiche di quelle pronunce che per il loro peculiare contenuto appaiono in grado di orientare efficacemente la successiva azione esecutiva dell'amministrazione, tenendo presente che più intenso sarà il vincolo giuridico che la sentenza del g.a. è in grado di imporre alla p.a., più utile sarà la pronuncia, dovendosi intendere per "utilità", appunto, la «*maggior o minor capacità che essa abbia di determinare in modo univoco il 'seguito' dell'azione amministrativa*»⁽¹³²⁾.

2.1. Azione di impugnazione e poteri direttivi del giudice:

il c.d. "Folgenbeseitigungsanspruch"

L'azione di annullamento (o di impugnazione), così come quella di adempimento è disciplinata dal § 42 *VwGO* che ne fissa il *petitum* immediato, cioè il provvedimento che si chiede al giudice e le condizioni di ammissibilità.

Ivi si prevede, al primo comma, che «*mediante azione può essere richiesto l'annullamento di un atto amministrativo (azione di impugnazione), come pure la condanna all'emanazione di un atto amministrativo rifiutato o omesso (azione di adempimento)*», e, al secondo comma, che «*qualora la legge non disponga diversamente, l'azione è ammissibile solo quando l'attore fa valere di essere stato leso nei propri diritti dall'atto amministrativo o dal suo rifiuto o omissione*»⁽¹³³⁾.

Già si è anticipato come essa corrisponda ai nostri interessi oppositivi, per cui l'oggetto del giudizio «*vede al centro il provvedimento*»⁽¹³⁴⁾ secondo la definizione che ne

⁽¹³²⁾ Cfr. G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa*, cit., 148.

⁽¹³³⁾ Le citazioni utilizzano la legge nella traduzione di G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000.

⁽¹³⁴⁾ Così, G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa*, cit., 151.

dà il § 35 primo alinea *VwVfG*⁽¹³⁵⁾ e nella forma che esso ha assunto dopo l'esaurimento del necessario procedimento preliminare di opposizione come disciplinato dal § 68 del *VwGO*⁽¹³⁶⁾.

Non è, peraltro, questa la sede, per soffermarsi sui presupposti processuali di ammissibilità dell'azione di annullamento⁽¹³⁷⁾.

Conviene, invece, spendere alcune parole sui requisiti di fondatezza (*Begründetheit*) della medesima, i quali contribuiscono a chiarire la controversa nozione di oggetto (*Streitgegenstand*) del processo di annullamento.

L'azione di annullamento è fondata allorché ricorrano i requisiti previsti dal § 113 *VwGO* e, cioè, nella misura in cui l'atto risulti illegittimo e lesivo dei diritti dell'attore (*Kläger*).

Prima condizione per una decisione di accoglimento della domanda è, quindi, l'illegittimità del provvedimento impugnato. Generalmente, si suole distinguere fra illegittimità formali (incompetenza, errori procedurali e formali) e illegittimità sostanziali (vizi di contenuto).

Irrelevante è invece che l'atto sia nullo piuttosto che, secondo un concetto a noi usuale, annullabile, ben potendo essere oggetto dell'azione demolitoria anche un atto *ab origine* improduttivo di effetti⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist".

⁽¹³⁶⁾ Questa regola, scolpita nel § 79 *VwGO*, sconta due eccezioni: 1) se un terzo risulta danneggiato per la prima volta dalla decisione sull'opposizione (*Widerspruchsbescheid*); 2) qualora la decisione sull'opposizione contenga rispetto all'atto amministrativo originario una disposizione pregiudizievole, aggiuntiva ed autonoma. In tali ipotesi oggetto del gravame sarà la sola decisione sull'opposizione.

⁽¹³⁷⁾ Si tratta di questioni di teoria generale del processo. È appena il caso di ricordare, quanto al presupposto oggettivo di ammissibilità, che oggetto dell'impugnativa deve essere un atto amministrativo obiettivamente esistente e riconoscibile in quanto tale e, quanto al presupposto soggettivo, che l'eventuale illegittimità dell'atto non può essere fatta valere – ovviamente – da chiunque, bensì solo da chi ritenga di essere stato lesa nei suoi diritti, potendo tale ultima circostanza, in assenza di una diretta allegazione dell'attore, ricavarsi anche da una interpretazione della domanda. La lesione del diritto, quale condizione di fondatezza dell'azione, non deve, del resto, necessariamente sussistere al momento della domanda, essendo sufficiente che si realizzi concretamente al momento della decisione da parte del giudice. Nell'atto introduttivo del giudizio, sarà quindi sufficiente che l'attore rappresenti una situazione concreta dalla quale possa, presumibilmente, derivare una lesione dei suoi diritti attraverso il provvedimento amministrativo (cfr. F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Aufl., München, 2003, 462).

Seconda condizione di fondatezza della domanda, è che il provvedimento viziato abbia prodotto una lesione nei diritti dell'attore, non essendo sufficiente la mera illegittimità dell'atto⁽¹³⁹⁾.

Autorevole dottrina ritiene che il diritto la cui lesione determina l'annullamento, sia rappresentato sostanzialmente dalla fondata pretesa alla non adozione di atti illegittimi⁽¹⁴⁰⁾.

Più nel dettaglio, le pretese così azionabili avanti al giudice amministrativo vengono generalmente ricondotte all'ambito dei c.d. diritti soggettivi pubblici, cioè quei diritti che conferiscono al singolo la facoltà di pretendere dall'amministrazione una prestazione positiva o negativa⁽¹⁴¹⁾.

Verificata la presenza dei menzionati presupposti, il tribunale non potrà, quindi, che annullare l'atto. La sentenza che conclude il giudizio di impugnazione può, nondimeno, assumere un contenuto ulteriore e diverso dal mero annullamento del provvedimento

⁽¹³⁸⁾ Cfr. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 15. Aufl., München, 2007, *sub* § 42, nt. 3, i quali contrappongono all'atto nullo (*nichtig*) l'atto illegittimo ma (provvisoriamente) efficace (*wirksam*), pervengono a tale conclusione attraverso un'analisi del § 43/2 *VwGO* sull'azione di accertamento, da cui si evince che un'azione dichiarativa volta ad ottenere l'accertamento della nullità di un provvedimento è sempre ammissibile, anche quando il medesimo non sia stato impugnato con la relativa azione costitutiva.

⁽¹³⁹⁾ Si ritiene in giurisprudenza, con riguardo ai vizi di legittimità di carattere procedimentale, che la sussistenza di tali patologie non sia sufficiente di per sé sola a determinare l'annullamento dell'atto, se l'attore non subisca contestualmente anche la lesione di una propria posizione giuridica sostanziale così come tutelata dall'ordinamento (quindi non solo la lesione di quello che secondo le nostre coordinate è un mero interesse procedimentale o strumentale). Sul punto, cfr. *BVerwG*, 5.10.1990 – 7 C 55 u. 56/89 (*Münster*), in *NVwZ* 1991, 369.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. C. H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., München, 1998, 210.

⁽¹⁴¹⁾ Il fatto che lo Stato sia tenuto ad un determinato comportamento non significa, di per sé, che i cittadini vantino una pretesa in tal senso. Vi sono, infatti, situazioni in cui i cittadini, pur in assenza di un diritto soggettivo pubblico, potrebbero ricevere, ma solo di riflesso, un vantaggio dall'adempimento di un obbligo giuridico da parte dello Stato (*Rechtsreflexen*). In questi casi, si tratterebbe di un vantaggio di mero fatto e le norme impositive dei predetti obblighi dovrebbero essere ricondotte al diritto pubblico oggettivo; sul punto cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 7. Aufl., München, 2009, 134. Ad ogni modo, il problema di sapere se ci si trovi al cospetto di un diritto pubblico soggettivo, la cui sussistenza legittimi l'azione di annullamento e la cui lesione ne condizioni il favorevole esito, sorge, concretamente, solo laddove un atto sia contestato da un terzo non direttamente destinatario dello stesso. In tale ipotesi, l'azione di un privato si dirige contro l'azione di un'autorità amministrativa con effetti sui rapporti giuridici sorti tra questa e un terzo in forza dell'atto amministrativo adottato. P.es., in materia urbanistica, il terzo sarà legittimato ad agire con l'azione di impugnazione, quando la norma invocata protegga non solo l'interesse generale, ma anche quello del vicinato: così R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, *cit.*, 305.

impugnato, strettamente correlato all'attività esecutiva che la p.a. dovrebbe successivamente porre in essere per adeguare lo stato di fatto al *decisum*.

L'effetto demolitorio del provvedimento illegittimo, in presenza della previa sospensione della sua efficacia esecutiva, potrebbe addirittura rendere non necessaria la successiva attività di adeguamento. Diversamente, è prevista la possibilità per il giudice, nell'ambito della stessa sentenza che definisce il giudizio cassatorio, di guidare l'amministrazione nella scelta delle modalità di esecuzione della sentenza, precisamente per quel che attiene al ripristino dello *status quo ante* mercé la cancellazione degli effetti che si sono nel frattempo prodotti⁽¹⁴²⁾.

Si intende con ciò fare riferimento al c.d. *Folgenbeseitigungsanspruch*⁽¹⁴³⁾ istituito contemplato dal § 113/1 secondo alinea *VwGO*, ove si prevede che «*se l'atto amministrativo è stato già eseguito, il tribunale può anche dichiarare, su richiesta, se e come l'autorità amministrativa debba revocare l'esecuzione*».

Tale previsione consente, in sostanza, di cumulare alla domanda di annullamento di un atto già totalmente o parzialmente eseguito dalla p.a., una richiesta di rimozione delle conseguenze derivanti dall'avvenuta esecuzione dell'atto⁽¹⁴⁴⁾.

In verità, la norma predetta non rappresenta il fondamento giuridico del *FBA*, presupponendone, anzi, l'esistenza. Si registrano, in dottrina, varie tesi in ordine all'individuazione del fondamento giuridico del *FBA*, da ricercarsi alternativamente nel principio di legalità *ex* § 20/3 *GG* (*Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*)⁽¹⁴⁵⁾, in un generale principio di giustizia sostanziale (*materieller Gerechtmäßigkeit*)⁽¹⁴⁶⁾, nel principio di effet-

⁽¹⁴²⁾ Tale potere "direttivo" si eserciterà in quei casi eccezionali in cui l'azione di annullamento non abbia effetto sospensivo e cioè in virtù della legge o di una speciale decisione dell'autorità amministrativa. Sul punto cfr. M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco*, cit., 531 e R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, cit., 303.

⁽¹⁴³⁾ Letteralmente "pretesa o diritto all'eliminazione delle conseguenze (dell'atto)". Si tratta di istituto generalmente indicato con l'abbreviazione "*FBA*". Per una approfondita analisi dell'istituto si veda O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2. Aufl., Tübingen, 1968.

⁽¹⁴⁴⁾ Si tratta di un caso di cumulo oggettivo di azioni ai sensi del § 44 *VwGO* secondo il quale «*Più domande possono essere fatte valere insieme dall'attore in un'azione, se sono dirette contro lo stesso convenuto, sono connesse ed è competente lo stesso tribunale*»; cfr. la traduzione di G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, cit., 28.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. W. FIEDLER, *Der Folgenbeseitigungsanspruch – die "kleine Münze" des Staatshaftungsrecht? Zur Problematik des Folgenbeseitigungsanspruchs in der neueren Rechtssprechung*, in *NVwZ* 1986, 970-971.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. H.- U. ERICHSEN, *Rechtsfragen öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigung*, in *VerwA* 1972, 221.

tività della tutela giurisdizionale *ex* § 19/4 GG⁽¹⁴⁷⁾, in un'analogia con le norme di cui ai §§ 12, 862, 1004 BGB⁽¹⁴⁸⁾, nei diritti fondamentali di libertà (*die Freiheitsgrundrechte*)⁽¹⁴⁹⁾, ovvero, da ultimo, nell'applicazione combinata di tutti i criteri menzionati⁽¹⁵⁰⁾.

Il *FBA* è, ad ogni modo, istituto autonomo rispetto all'azione di annullamento, inquadrabile nell'ambito delle c.d. azioni di prestazione⁽¹⁵¹⁾, ancorché il giudice dell'impugnazione si pronunci sull'eliminazione degli effetti dell'atto con la medesima sentenza che definisce il giudizio cassatorio.

Il diritto del ricorrente ad ottenere la revoca dell'esecuzione dell'atto impugnato, con il conseguente ripristino dello *status quo ante*, assume carattere di definitività solamente con il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento⁽¹⁵²⁾. L'utilizzo del termine "può" (*"kann"*) da parte del legislatore indica la mera facoltà, dal punto di vista processuale, di cumulare la domanda di revoca dell'esecuzione a quella di annullamento dell'atto eseguito, ma ciò evidentemente non esclude la possibilità di proporre separata istanza, instaurando un autonomo giudizio.

A tale stregua, rimane impregiudicata la facoltà per il tribunale, ai sensi del § 93 secondo alinea *VwGO* di ordinare in ogni caso che le rispettive domande vengano trattate e decise in separati processi⁽¹⁵³⁾. Il comma 1 alinea terzo del § 113 *VwGO* stabilisce che la pretesa alla revoca dell'esecuzione è ammissibile solo laddove l'autorità amministrativa sia in grado di darvi seguito.

In altri termini, l'attività di rimozione degli effetti dell'esecuzione del provvedimento annullato presuppone una prestazione possibile sotto il profilo giuridico-fattuale.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. H. H. RUPP, *Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz*, in *JZ* 2005, 159

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. S. BROB, *Zum Anwendungsbereich des Anspruchs auf Folgenbeseitigung*, in *VerwA* 1985, 227.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. W. ROTH, *Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners*, in *DVBf* 1996, 1401.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. W. BRUGGER, *Gestalt und Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs*, in *JuS* 1999, 625-626.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. V. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, *cit.*, sub § 42, nt. 5.

⁽¹⁵²⁾ Autorevole dottrina ritiene, al contrario, che ragioni di effettività della tutela e di economia processuale deporrebbero per un riconoscimento di tale pretesa anche prima del formarsi del giudicato sulla sentenza di annullamento: così, F. KOPP, W.- R. SCHENKE, *VwGO*, *cit.*, sub § 113, nt. 80.

⁽¹⁵³⁾ «*Es (das Gericht n.d.r.) kann anordnen, dass mehrere in einem Verfahren erhobene Ansprüche in getrennten Verfahren verhandelt und entschieden werden.*».

Secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, qualora l'autorità non sia in grado di ripristinare esattamente la situazione pregressa, essa dovrebbe in ogni caso ricostituire una quantomeno simile a quella precedente l'esecuzione dell'atto annullato, in modo tale da limitare al massimo i pregiudizi per il destinatario del provvedimento⁽¹⁵⁴⁾.

Si ritiene, inoltre, che la revoca dell'esecuzione come disposta dal giudice possa consistere oltre che nella rimozione di un attività materiale della p.a., anche nell'emanazione di un atto amministrativo⁽¹⁵⁵⁾.

Circa la possibilità di ottenere la rimozione delle conseguenze di fatto di un provvedimento produttivo di effetti favorevoli nei confronti di terzi (c.d. *Verwaltungsakt mit Drittwirkung*), sembra prevalere in dottrina e giurisprudenza la soluzione positiva, atteso che, diversamente, la fondata pretesa del ricorrente di ottenere l'eliminazione di un atto lesivo dei propri diritti, verrebbe svuotata di contenuto⁽¹⁵⁶⁾.

Ulteriore presupposto di ammissibilità della pretesa, oltre al fatto che l'autorità sia in grado di darvi seguito, è che la questione sia matura per la decisione⁽¹⁵⁷⁾. Ciò sta a significare che non deve (più) esservi necessità di accertare i fatti e che non deve residuare alcuna discrezionalità in capo all'amministrazione per quanto riguarda le modalità di revoca dell'intervenuta esecuzione⁽¹⁵⁸⁾.

In definitiva, l'amministrazione che si trovi a dover eseguire la sentenza di annullamento e, quindi, a ripristinare la situazione esistente prima di emanare il provvedimento caducato, potrà essere guidata dal giudice nella scelta delle misure necessarie

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. P. BECKER, H. KUNI, *Probleme des verwaltungsgerichtlichen Vergabeverfahrens für Studienplätze in der Humanmedizin*, in *DVBl* 1976, 863.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. *VGH Kassel*, 11.11.1993, in *NVwZ*, 1995, 301; F. O. KOPP, W. - R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit. sub § 113, n. 91, portano come esempio l'ordine di sgombero di un appartamento a seguito dell'annullamento della confisca dell'immobile da parte delle forze di polizia, con susseguente sua occupazione da parte di un terzo.

⁽¹⁵⁶⁾ Ciò, a maggior ragione, argomentando sulla base del § 65/2 *VwGO* per cui, qualora nel rapporto controverso siano coinvolti terzi in misura tale che la decisione possa essere emessa anche nei loro confronti solo unitariamente, essi devono essere chiamati in giudizio (chiamata necessaria). Sul punto cfr. anche W. - R. SCHENKE, *Der Folgenbeseitigungsanspruch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung*, in *DVBl* 1990, 328 ss.; O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, cit., 133 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ «Dieser Anspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist»: così § 113/2 secondo alinea *VwGO*.

⁽¹⁵⁸⁾ Il *FBA* sarà escluso, laddove la rimozione delle conseguenze dell'esecuzione sia in contrasto con la legge al momento della decisione del tribunale: così, F. O. KOPP, W. - R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 113, n. 87.

all'esecuzione del *dictum* giudiziale, almeno per quel che concerne la rimozione degli effetti strettamente connessi all'esecuzione del provvedimento annullato.

L'inottemperanza alla decisione del giudice sotto tale profilo, seppur non assistita da alcun meccanismo di coazione diretta – escluso per le sentenze sul provvedimento siano esse di annullamento o di condanna⁽¹⁵⁹⁾ – potrà tuttavia essere sanzionata attraverso l'attivazione della peculiare procedura di coercizione indiretta di cui al § 172 *VwGO*, consistente nell'assegnazione da parte del giudice – su richiesta dell'interessato – di un termine per l'esecuzione della pronuncia e, nel caso di inosservanza del medesimo, nell'irrogazione di un'ammenda (*Zwangsgeld*).

2.1.1. *Segue: la modifica dell'atto impugnato: la c.d. "ergänzte Anfechtungsklage"*

Le difficoltà che possono insorgere con riferimento all'esecuzione della sentenza di annullamento si ritiene vengano attenuate anche grazie al potere eccezionalmente attribuito al giudice dal § 113/2 *VwGO* di modificare, in riforma di un atto amministrativo impugnato avente ad oggetto una somma di denaro, l'ammontare della somma medesima.

L'esistenza di questa norma, unitamente a quella che consente al tribunale di ordinare l'eliminazione retroattiva delle conseguenze derivati da un provvedimento già eseguito (§ 113/1 alinea secondo e terzo *VwGO*), cancellerebbe in parte la distinzione tra contenzioso di annullamento e contenzioso ingiuntivo (la c.d. *Verpflichtungsklage* ex § 42 e 113/5 *VwGO*) ed eliminerebbe pertanto la maggior parte delle difficoltà di esecuzione dovute

⁽¹⁵⁹⁾ Il § 167/1 *VwGO* stabilisce che, per quanto non diversamente disciplinato, «*si applica corrispondentemente ai fini dell'esecuzione, il libro ottavo del Codice di procedura civile*» e che «*tribunale dell'esecuzione è il tribunale di primo grado*»; il secondo comma dispone, inoltre, che «*le sentenze su azioni di impugnazione e di adempimento possono essere dichiarate provvisoriamente esecutive solo in merito alle spese*», cfr. la traduzione di G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale*, cit., sub § 167, 135. Osserva B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 44-45, come le procedure impiegate per assicurare l'esecuzione delle pronunce del g.a. abbiano – in linea teorica – natura giurisdizionale, ma che le stesse non si applicano a sentenze pronunciate a seguito di azioni di annullamento (*Anfechtungsklage*) e di adempimento (*Verpflichtungsklage*), non essendo previsti strumenti di coazione diretta nei confronti degli organi inadempienti e risultando così inapplicabili le procedure di esecuzione fissate nel codice di procedura civile (*ZPO*).

all'indeterminatezza degli obblighi a carico dell'autorità amministrativa derivanti dalla cosa giudicata⁽¹⁶⁰⁾.

Il § 113/2 *VwGO* prevede che la sentenza di annullamento possa assumere eccezionalmente un contenuto non meramente cassatorio.

Nel caso in cui venga impugnato un atto amministrativo riguardante una prestazione in denaro⁽¹⁶¹⁾ ovvero contenente un accertamento riferentesi comunque ad importi in denaro, il Tribunale può non solo annullare totalmente o parzialmente l'atto, se illegittimo, ma anche stabilire un importo di diverso ammontare o sostituire l'accertamento con un altro⁽¹⁶²⁾.

Rientra nella discrezionalità del Tribunale la scelta di limitarsi ad annullare il provvedimento rimettendo all'autorità la successiva rideterminazione dell'importo o il rinnovo accertamento, piuttosto che di avvalersi del potere di modifica attribuitogli dalla legge.

In ossequio al principio della separazione dei poteri, il Tribunale potrà determinare autonomamente la misura della prestazione in denaro, solo laddove tale misura sia ricavabile dalla legge e, in tal caso, sarà in ogni caso esclusa la possibilità di emanare il provvedimento modificato in luogo dell'autorità competente.

Laddove l'individuazione dell'importo sia, invece, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione il giudice non potrà far altro che annullare l'atto invalido, e ciò anche laddove i vizi di legittimità colpiscano l'esercizio del potere discrezionale

⁽¹⁶⁰⁾ Così osserva M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo*, cit., 531-532.

⁽¹⁶¹⁾ La versione originaria della norma, prima della modifica operata dalla legge 1.1.1991, contemplava espressamente oltre alle prestazioni aventi ad oggetto somme di denaro anche quelle relative ad altre cose fungibili: «*Betrifft der angefochtene Verwaltungsakt eine Leistung in Geld oder anderen vertretbaren Sachen oder eine Feststellung, so kann das Gericht die Leistung in anderer Höhe festsetzen oder die Feststellung durch eine andere ersetzen*».

⁽¹⁶²⁾ Si ritiene che il § 113/2 *VwGO*, in quanto espressamente circoscritto al campo dell'azione di annullamento, non sia analogicamente applicabile all'azione di prestazione ai sensi del § 113/5 *VwGO*. Così, H. A. WOLFF, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2006, n. 325, 2009; per un'applicazione analogica prima della modifica della norma cfr. *BVerwG*, 18.1.1978 (*OVG Münster*), in *BVerwGE*, 55, 172. In giurisprudenza si registrano p.es. casi di applicazione della norma con riferimento alla determinazione degli oneri di urbanizzazione: in giurisprudenza, sul punto, cfr. *BVerwG*, 27.1.1982 (*OVG Bremen*), in *DVBl* 1982, 549; *OVG Münster*, 21.4.1997, in *NVwZ-RR*, 1998, 584; in dottrina, K. A. BETTERMANN, in nota a *BVerwG*, 30.4.1971, (*OVG Lüneburg*), in *DVBl* 1973, 376.

dell'autorità, a meno che l'ammontare dell'importo possa essere determinato, eccezionalmente, in una sola misura⁽¹⁶³⁾.

È, inoltre, da escludere la possibilità per il Tribunale di fissare un importo più elevato di quello determinato dalla p.a. o di procedere con un accertamento ancora più svantaggioso, laddove tali statuizioni vadano a detrimento del ricorrente e ancorché la norma nulla dica al riguardo⁽¹⁶⁴⁾.

Il § 113/2 *VwGO* prosegue con lo stabilire che «qualora la determinazione dell'importo da fissare o da accertare richieda uno sforzo non irrilevante, il tribunale può disporre la modifica dell'atto amministrativo con indicazione delle situazioni di fatto o di diritto a torto considerate o non considerate, in modo che l'autorità possa calcolare l'importo sulla base della decisione»⁽¹⁶⁵⁾.

La disposizione che precede, fa riferimento all'ipotesi in cui la determinazione dell'importo richieda operazioni complesse che l'autorità competente sarebbe in grado di effettuare più agevolmente oltre che più celermente rispetto al Tribunale⁽¹⁶⁶⁾.

Nella fattispecie, il giudice rinunciando ad effettuare direttamente il calcolo, può limitarsi ad accertare l'illegittimità dell'atto impugnato relativo alla prestazione in denaro, indicando le situazioni di fatto o di diritto trascurate o erroneamente valutate dall'autorità e, quindi, orientando l'amministrazione nella rideterminazione dell'importo. La p.a. competente dovrà, quindi, conformarsi al punto di vista (*Gesichtspunkt*) espresso dal Tribunale in sede di riedizione del potere.

La dottrina ha operato sul punto un accostamento fra la pronuncia *ex* § 113/2 alinea secondo e terzo *VwGO* e il c.d. "*Bescheidungsurteil*" emessa a fronte di un'azione di prestazione ai sensi del § 113/5 secondo alinea *VwGO*, nella misura in cui si dichiara

⁽¹⁶³⁾ Si tratta della c.d. "*Ermessenreduktion auf Null*" per cui l'adozione di un atto amministrativo con un ben determinato contenuto, rappresenta l'unica manifestazione della discrezionalità amministrativa priva di errori. Si ritiene, peraltro, che la norma di cui al § 113/2 *VwGO* sia inapplicabile ai casi in cui vengano impugnati atti che fissano la misura di una ammenda, trattandosi dell'esercizio di un potere discrezionale della p.a.: così, F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub* § 113, n. 152.

⁽¹⁶⁴⁾ Così, H. A. WOLFF, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar, cit., sub* § 113, n. 332.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco, cit., sub* § 113/2, 92-93.

⁽¹⁶⁶⁾ F.O. KOPP, *Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1.1.1991 in NJW*, 1991, 525.

l'obbligo di decidere nei confronti dell'attore nel rispetto della concezione giuridica formulata dal tribunale.

Tuttavia, diversamente che nel "*Bescheidungsurteil*", non sorgerebbe qui alcun obbligo per la p.a. di emettere un nuovo provvedimento⁽¹⁶⁷⁾.

Successivamente, l'autorità competente comunicherà alle parti immediatamente e senza formalità il risultato del nuovo calcolo, effettuato tenendo conto delle direttive del giudice e, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dovrà rendere noto l'atto amministrativo con il contenuto modificato⁽¹⁶⁸⁾.

È opinione diffusa che la disposizione in esame trovi applicazione unicamente nell'ambito delle azioni di impugnazione, essendo esclusa la possibilità per il ricorrente di avanzare un'istanza di modifica – attraverso un'applicazione analogica della norma – nel contesto di un'azione di adempimento (o prestazione).

Ciò per almeno due ordini di motivi: 1) la sua perspicua connessione con l'azione di annullamento; 2) il vantaggio che deriva in ogni caso al ricorrente dalla caducazione dell'atto nella parte da modificare.

Il ricorrente è sprovvisto di mezzi di tutela processuale avverso il nuovo calcolo come comunicato dall'amministrazione competente senza formalità, essendo quest'ultimo una mera attività materiale.

Costui potrà, al limite, sollevare le proprie obiezioni all'interno del procedimento amministrativo in cui si inserisce la nuova operazione di calcolo⁽¹⁶⁹⁾.

L'atto modificato reso noto dopo il passaggio in giudicato della decisione, ove nuovamente viziato, perché in contrasto con l'orientamento espresso dal giudice in sentenza, potrà invece essere solamente oggetto di una nuova impugnativa, così come l'atto contenente un diverso importo rispetto a quello determinato dal tribunale ai sensi del § 113/2 primo alinea *VwGO*.

In tali situazioni, peraltro assai difficili da riscontrare per il tendenziale ossequio che le amministrazioni prestano alle decisioni dell'autorità giudiziaria, non è previsto alcuno

⁽¹⁶⁷⁾ Così osserva K. REDEKER, § 113 Abs. 2 *VwGO* in *DVBl*, 1991, 974.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. § 113/ terzo alinea *VwGO*.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. § 28 del *VwVfG*.

strumento di coazione diretta nei confronti degli organi inadempienti – *de plano* escluso, si ripete, per le sentenze di annullamento e adempimento (§ 167/2 *VwGO*) – né tanto meno di coercizione indiretta, come quello della sanzione pecuniaria di cui al § 172 *VwGO*, escluso per il caso di inottemperanza alle sentenze di annullamento passate in giudicato⁽¹⁷⁰⁾.

L'esecuzione (spontanea) delle pronunce emesse ai sensi del § 113/2 primo, secondo e terzo alinea *VwGO*, per quanto facilitata attraverso l'esercizio dei menzionati poteri direttivi attribuiti al giudice, continuerà quindi ad essere caratterizzata da una riserva in favore dell'amministrazione, con l'unica prospettiva, in caso di reiterati inadempimenti da parte della p.a., di una ripetuta serie di impugnazioni.

2.2. *Il contenzioso ingiuntivo: la c.d. "Verpflichtungsklage"*

La sentenza che chiude l'azione di adempimento, come disciplinata dal § 113/5 *VwGO* rappresenta un (ulteriore) fattore di emersione del potere direttivo del giudice nei confronti della successiva azione esecutiva dell'amministrazione⁽¹⁷¹⁾, spiegando su di essa una particolare forza di condizionamento.

La citata disposizione contempla la sentenza sulla c.d. *Verpflichtungsklage*, azione di prestazione o, secondo comune definizione della dottrina italiana, di condanna, con la quale si ingiunge alla p.a. l'emanazione di un atto rifiutato od omesso⁽¹⁷²⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Conformemente alla natura costitutiva della sentenza di mero annullamento che non è contemplata dalla disposizione sullo *Zwangsgeld* di cui al § 172 *VwGO*.

⁽¹⁷¹⁾ Così osserva B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa*, cit., 49.

⁽¹⁷²⁾ Così recita il § 113/5 *VwGO* nella traduzione offerta da G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale* cit., 94: «Nella misura in cui il rifiuto o l'omissione dell'atto amministrativo è illegittimo e l'attore ne risulta leso nei propri diritti, il tribunale dichiara l'obbligo dell'autorità amministrativa di porre in essere la richiesta attività dell'ufficio, se la questione è matura per la decisione. Altrimenti esso dichiara l'obbligo di decidere nei confronti dell'attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale». Per una diffusa trattazione dell'istituto si veda nella manualistica tedesca, F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 303-318 e 466-476, nonché W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 11. Aufl., Heidelberg, 2007, 82-99. Nella dottrina italiana l'istituto della *Verpflichtungsklage* è stato specificamente analizzato da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, 58 ss. M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.* 1985, 66 ss.; F. MERUSI e G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, 11. ss.

La dogmatica tedesca riconduce la *Verpflichtungsklage* alla più ampia categoria delle azioni dirette ad obbligare la controparte ad una prestazione positiva o negativa (*Leistungsklagen*), differenziandosene in ragione del suo legame funzionale con un atto amministrativo⁽¹⁷³⁾.

Essa, come può inferirsi dal dettato normativo, è diretta sostanzialmente a sindacare il rifiuto del provvedimento amministrativo richiesto dall'interessato, che consegue all'assunzione di un provvedimento espresso di diniego (*Versagungsgegenklage* oppure *Weigerungsgegenklage*)⁽¹⁷⁴⁾, nel qual caso l'azione assumerà, seppur sussidiariamente, anche un contenuto annullatorio, dal momento che l'eventuale sentenza di accoglimento ne comporterà l'eliminazione⁽¹⁷⁵⁾, ovvero l'omissione di un provvedimento non ancora denegato (*Untätigkeitsklage*).

Ad ogni modo, la distinzione, tranne in alcune ipotesi⁽¹⁷⁶⁾ non assume rilievo essendo l'azione disciplinata in maniera uniforme.

Presupposti di fondatezza della *Verpflichtungsklage* così come per l'azione di annullamento sono rispettivamente l'illegittimità del diniego o dell'inerzia e la lesione del ricorrente nei propri diritti.

In presenza delle predette condizioni, il giudice affermerà, quindi, l'obbligo dell'autorità amministrativa di adottare il provvedimento richiesto, qualora la questione sottoposta al suo esame sia matura per la decisione, nel senso che consenta una decisione definitiva (c.d. *Vornahmeurteil*).

⁽¹⁷³⁾ Sul punto v. R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, cit., 309; F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 42, n. 6.

⁽¹⁷⁴⁾ Nel caso di rigetto dell'opposizione ex § 68 *VwGO*, l'azione di adempimento comprenderà anche la pretesa all'annullamento del *Widerspruchbescheid*: così, W.- R. SCHENKE, *Der Anspruch des Widerspruchsführers auf Erlass eines Widerspruchbescheids und seine gerichtliche Durchsetzung*, in *DÖV* 1996, 529 ss.

⁽¹⁷⁵⁾ Rileva, in proposito, D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in europa*, cit., 121 come in quest'ultimo caso, oggetto del giudizio non è, se non secondariamente, il provvedimento di espresso diniego di quanto richiesto dal privato, ma, primariamente, il provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto assumere per soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente, per il che è tale ultimo atto che l'amministrazione sarà tenuta ad adottare a seguito dell'eventuale sentenza di accoglimento della *Verpflichtungsklage*.

⁽¹⁷⁶⁾ La distinzione rileva in relazione al procedimento preliminare di opposizione ex § 68 *VwGO* che deve essere preventivamente instaurato nel solo caso della *Weigerungsgegenklage*, la quale a sua volta dovrà essere proposta entro un mese dalla decisione sull'opposizione e non anche nel caso della *Untätigkeitsklage*, non esistendo alcun atto amministrativo e dovendo quest'ultima essere esperita solo dopo trascorsi tre mesi dalla presentazione dell'istanza con la quale si è chiesto il rilascio del titolo (§ 75 *VwGO*).

Una decisione definitiva, nel senso di una condanna dell'amministrazione all'emissione di un atto dotato di un ben preciso contenuto, potrà intervenire, tuttavia, solamente nel caso in cui la p.a. non abbia poteri discrezionali⁽¹⁷⁷⁾ ovvero qualora l'adozione del provvedimento richiesto rappresenti l'unica manifestazione della discrezionalità amministrativa priva di errori⁽¹⁷⁸⁾, tenuto presente che la sentenza di condanna, in virtù del principio costituzionalmente sancito della separazione dei poteri, non sostituisce la decisione dell'autorità, ma obbliga quest'ultima ad agire.

Diversamente, laddove la controversia non consenta una decisione definitiva, il tribunale, previo riconoscimento della legittimità della pretesa del ricorrente ad una decisione dell'amministrazione, si limiterà a statuire l'obbligo di quest'ultima di decidere secondo la valutazione (*Rechtsauffassung*) da esso espressa sulla questione (si parla in questo caso di *Bescheidungsurteil*)⁽¹⁷⁹⁾.

Senonché, se si parte dalla considerazione che spesso l'amministrazione non ottempera non tanto perché non voglia, quanto perché non sa come ottemperare, l'istituto della *Verpflichtungsklage* in particolare, così come in generale le altre illustrate ipotesi di poteri direttivi del giudice, acquista notevole importanza, nella misura in cui coinvolge il giudice sin dalla prima pronuncia nel chiarimento della portata operativa della decisione, ottenendo così una maggior "presa" sul successivo comportamento⁽¹⁸⁰⁾.

Un tanto, varrà soprattutto nel caso del c.d. *Vornahmeurteil*, in cui l'attività vincolata della p.a. o il limitato potere discrezionale che residua in capo ad essa (*Ermessensreduktion auf Null*), consentono già in via giudiziale una precisa determinazione delle modalità di esecuzione della sentenza.

⁽¹⁷⁷⁾ Osserva G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa*, cit., 150, nota 35 - il quale richiama sul punto D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995 - che qui la discrezionalità dell'amministrazione deve intendersi fondamentalmente come discrezionalità amministrativa, dal momento che ciò che noi intendiamo per discrezionalità tecnica ricade in linea di massima nel concetto di attività vincolata sindacabile in sede di legittimità.

⁽¹⁷⁸⁾ Sul punto cfr. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 113, n. 207.

⁽¹⁷⁹⁾ Nondimeno, il fatto stesso che il § 113/5 *VwGO* consenta al giudice, in tal caso, di emanare solamente un *Bescheidungsurteil*, costituisce un chiaro indizio della possibilità per il ricorrente di circoscrivere sin dall'inizio la propria domanda in tal senso; la dottrina tedesca parla al proposito di *Bescheidungsklage* quale *minus (Teilklage)* rispetto alla *Vornahmeklage*; cfr. sul punto F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 42, n. 8.

⁽¹⁸⁰⁾ G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa*, cit., 151.

Per converso, ove l'autorità sia titolare di un più ampio potere discrezionale, il giudice incontrerà il limite della insostituibilità delle scelte discrezionali dell'amministrazione, di tal che la susseguente attività amministrativa rimarrà pur sempre appannaggio dell'amministrazione con l'unico limite costituito dall'obbligo di rispettare la "concezione giuridica" del tribunale (*Bescheidungsurteil*).

Su un piano più generale si è, tuttavia, opportunamente rimarcata l'inidoneità di tali poteri ingiuntivi a garantire di per sé la concreta attuazione della sentenza, atteso che l'esecuzione effettiva della pronuncia anche quando risultino in tutto predeterminate dal giudice le relative modalità attuative, continuerà a non essere assistita da alcun meccanismo di coazione diretta, residuando unicamente quel peculiare strumento di coercizione indiretta che è lo *Zwangsgeld*⁽¹⁸¹⁾ di cui al § 172 *VwGO*, al quale il ricorrente potrà ricorrere anche nell'ipotesi di emissione del provvedimento senza il rispetto del quadro giuridico predefinito dal giudice⁽¹⁸²⁾.

3. *L'applicazione generalizzata della tutela cautelare*

Si è detto ripetutamente di come la maggior parte dei casi di inadempimento, in linea tendenziale, sia dovuta alle difficoltà che l'amministrazione incontra nell'eseguire le sentenze, dovute, vuoi al fatto di non sapere come attuarle, per l'imprecisione degli obblighi che ne scaturiscono, vuoi alla difficoltà – se non talvolta impossibilità – di rimuovere completamente la situazione creata da un provvedimento sacrificativo poi annullato.

Si è visto, relativamente al primo profilo, come il legislatore tedesco abbia cercato di fronteggiare il problema attraverso la puntuale determinazione degli effetti delle sentenze, in modo tale da guidare l'amministrazione nell'esecuzione del *decisum*.

⁽¹⁸¹⁾ B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa*, cit., 50.

⁽¹⁸²⁾ Sul presupposto che un'amministrazione che agisca secondo le norme dello Stato di diritto ottemperi alla sentenza del giudice anche senza esecuzione forzata, il legislatore tedesco si è limitato a prevedere al § 172 *VwGO* che a richiesta del ricorrente, il persistente diniego dell'autorità possa essere sanzionato dal tribunale con una sanzione pecuniaria sino a DM 2.000 (ora Euro 10.000): così P. STELKENS, *L'azione di obbligo nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Dinieghi e omissioni della pubblica amministrazione*, Roma 1991, 145.

Quanto, invece, al secondo ordine di inconvenienti, si è cercato di affrontarli mercé una estesa applicazione della tutela interinale della posizione del ricorrente, la quale si diversifica a seconda del tipo di provvedimento che viene in rilievo.

Nell'ipotesi di atto amministrativo aggressivo cui corrispondono i “nostri” interessi oppositivi, si ammette, salve le eccezioni di cui si dirà, la sospensione automatica dei suoi effetti in derivazione prima ancora che della mera proposizione dell'impugnativa in sede giurisdizionale, della proposizione del ricorso amministrativo previo, che costituisce condizione di ammissibilità della *Anfechtungsklage* ai sensi del § 68 *VwGO*⁽¹⁸³⁾.

Appare, quindi, chiaro che attraverso un impiego esteso e generalizzato della sospensione cautelare del provvedimento impugnato (*aufschiebende Wirkung* ex § 80 *VwGO*), molti dei problemi legati alla esecuzione delle pronunce del tribunale finiscono per essere risolti o comunque attenuati in via preventiva, considerata, diversamente, la necessità di eliminare gli effetti materiali prodotti dal provvedimento fino al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento⁽¹⁸⁴⁾.

La sospensione cautelare non è, peraltro, idonea a tutelare il ricorrente che lamenti l'illegittimo diniego di un provvedimento ampliativo o, piuttosto, l'omesso rilascio del titolo.

In questi casi, contraddistinti dall'emersione di interessi c.d. pretesivi, secondo una nozione consolidata alle nostre latitudini, la tutela del privato è garantita dalla possibilità per il giudice ai sensi del § 123 *VwGO* di concedere misure provvisorie a contenuto positivo (*einstweilige Anordnungen*) anche anteriormente al ricorso, volte ad evitare quelle modificazioni (irreparabili) che potrebbero *medio tempore* investire la situazione di fatto rendendo alla fine una sentenza favorevole, vantaggiosa sulla carta, ma, nella sostanza, inutile.

⁽¹⁸³⁾ La sospensione generalizzata del provvedimento concerne non tanto l'efficacia giuridica della decisione ma la sua esecutività, *BVerwG*, 21.6.1961, in *BVerwGE* 13, 5.

⁽¹⁸⁴⁾ Come opportunamente osservato da B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa*, cit., 46. Conviene ricordare, in proposito, che le sentenze sul provvedimento e, precisamente, quelle di annullamento e adempimento ex § 113/1 e 5 *VwGO*, non sono provvisoriamente esecutive (§ 167/2 *VwGO*). Si è peraltro già visto, con riferimento alla necessità di rimuovere le conseguenze di fatto derivanti dall'esecuzione di un atto annullato che lo stesso pretesa del ricorrente alla revoca dell'esecuzione (*Folgenbeseitigungsanspruch*) diviene definitiva e, così, il relativo obbligo della p.a. solo al momento del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento (v. *supra* § 2.1.).

3.1. La sospensione degli effetti esecutivi.

L'effetto sospensivo del provvedimento è previsto dal § 80/1 *VwGO*, attraverso l'enunciazione di un principio generale per cui esso si produce automaticamente con la proposizione del ricorso in opposizione *ex* § 69 e dell'azione di impugnazione ed a prescindere dalla loro fondatezza.

In dottrina si riscontrano nondimeno divergenze di opinioni sulla seguente questione: e cioè se ai fini della produzione dell'effetto sospensivo rilevi l'ammissibilità dei mezzi di tutela esperiti.

A chi ritiene di escludere la sospensione in presenza di una inammissibilità *ictu oculi* rilevabile, si contrappone chi pretende, affinché trovi ingresso la tutela interinale del ricorrente, la presenza di una serie di requisiti: la giurisdizione del giudice amministrativo sulla questione principale, il carattere sacrificativo del provvedimento contestato, la legittimazione ad agire e la tempestiva proposizione del ricorso in opposizione⁽¹⁸⁵⁾.

L'effetto sospensivo dell'efficacia esecutiva dell'atto⁽¹⁸⁶⁾ – e ciò vale anche per quelli ad effetto doppio ai sensi dei §§ 80/1 secondo alinea e 80a *VwGO* – si produce non già a partire dalla proposizione dell'opposizione o del ricorso, bensì a decorrere dall'emanazione dell'atto e termina secondo quando dispone il § 80b/1 primo alinea *VwGO*, «con l'inoppugnabilità o, se l'azione di impugnazione è stata rigettata in primo grado, dopo tre mesi dal decorso del termine di legge per l'indicazione dei motivi del mezzo di impugnazione dato contro la decisione di rigetto»⁽¹⁸⁷⁾.

Nella misura in cui l'autorità o il terzo dallo stesso avvantaggiato diano ugualmente esecuzione al provvedimento (*faktische Vollziehung*), il soggetto colpito può richiedere al tribunale della questione principale, tramite apposita istanza, la rimozione delle conseguenze di fatto conseguenti alla illegittima esecuzione e, oltre a ciò, l'accertamento dell'effetto sospensivo.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. *OVG NW*, 30.7.1990, in *DÖV* 1991, 564 (nr. 117).

⁽¹⁸⁶⁾ V. nota 56.

⁽¹⁸⁷⁾ Il § 80b/1 secondo alinea *VwGO* aggiunge poi che “ciò vale anche quando l'esecuzione è stata sospesa dall'autorità oppure l'effetto sospensivo ripristinato o disposto dal tribunale, a meno che l'autorità non abbia sospeso l'esecuzione fino al momento dell'inoppugnabilità”; cfr. la traduzione di G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale, cit.*, sub § 80b, 67-68.

Conviene poi ricordare che l'automatismo che assiste l'effetto sospensivo dell'esecutività del provvedimento sconta alcune eccezioni, come previste dal § 80/2 *VwGO*. La sospensione è, infatti, esclusa per legge, anche dei *Länder*, in ragione della natura dell'atto di cui si tratta⁽¹⁸⁸⁾ o per effetto di un apposito provvedimento dell'autorità che ha emanato l'atto o che deve decidere sull'opposizione, sulla base del prevalente interesse pubblico o del prevalente interesse di una parte nei casi di atti amministrativi ad effetto doppio⁽¹⁸⁹⁾.

Peraltro, in tutti questi casi il soggetto svantaggiato potrà comunque chiedere al giudice di concedere egualmente la sospensione esclusa per legge ovvero di ripristinare l'effetto sospensivo annullato con l'ordine di immediata esecuzione e, in ogni modo, nella misura in cui l'atto amministrativo sia già stato eseguito al momento della decisione, di revocarne l'esecuzione (§ 80/5 *VwGO*).

Da ultimo, per quel che attiene all'esecuzione dei provvedimenti del tribunale *ex* § 80/5 *VwGO*, parte della dottrina e della giurisprudenza li riconduce all'alveo del § 168/1 nr. 1. *VwGO* che, nell'elencare i provvedimenti costituenti titolo esecutivo, fa generico riferimento, fra l'altro, a "decisioni del tribunale provvisoriamente esecutive".

In caso di inottemperanza da parte dell'autorità, il giudice potrebbe, quindi, adottare i mezzi di coazione indiretta *ex* § 172 *VwGO*⁽¹⁹⁰⁾.

Tuttavia, come opportunamente rilevato in dottrina, l'esecuzione presuppone che le decisioni prese ai sensi del § 80/5 *VwGO* abbiano un contenuto esecutivo (*vollstreckba-*

⁽¹⁸⁸⁾ Si tratta della richiesta di tributi o spese pubbliche, provvedimenti e misure improcrastinabili di funzionari di polizia esecutiva, nonché di quei casi prescritti con legge federale o del *Land* soprattutto per opposizioni ed azioni di terzi contro atti amministrativi relativi a investimenti o alla creazione di posti di lavoro.

⁽¹⁸⁹⁾ In tutti questi casi il soggetto svantaggiato può comunque chiedere al giudice di concedere egualmente la sospensione esclusa per legge ovvero di ripristinare l'effetto sospensivo annullato con l'ordine amministrativo di immediata esecuzione (§ 80/5 *VwGO*).

⁽¹⁹⁰⁾ In giurisprudenza cfr. *OVG Münster*, 8.9.1992, in *NVwZ* 1993, 383; in dottrina, H. GÜNTHER, *Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beförderung*, in *NVwZ* 1986, 700. Si ritiene, per lo più, che l'equiparazione dei suddetti provvedimenti a quelli provvisori positivi (*einstweilige Anordnungen*) di cui al § 123 *VwGO*, espressamente riconosciuti quali titoli esecutivi in forza del § 168/1 nr. 2 *VwGO* eviti al beneficiario delle misure cautelari come concesse ai sensi del § 80/5 *VwGO* di dover ottenere per la loro realizzazione, il rilascio di un titolo secondo il combinato disposto dei §§ 123 e 168/1 nr. 2 *VwGO*.; sul punto, W.- R. SCHENKE, *Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 Abs. 5 VwGO*, in *DVBl* 1986, 11.

ren *Inhalt*), cioè siano contrassegnate da un ordine o un divieto suscettibile di essere eseguito come nel caso dell'ordinanze del giudice con la quale viene ordinata la rimozione dell'esecuzione già avvenuta di un atto amministrativo (§ 80/5 terzo alinea *VwGO*)⁽¹⁹¹⁾.

Per contro, non sarebbe questo il caso dei provvedimenti giurisdizionali con i quali viene meramente imposta la sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato o il suo ripristino (§ 80/5 primo alinea *VwGO*), i quali, attesa la loro natura, sono in grado di spiegare unicamente effetti costitutivi⁽¹⁹²⁾.

In tale ultima ipotesi, allorquando la p.a. trasgredisca i provvedimenti con cui viene disposta o ripristinata la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto, il beneficiario delle predette misure avrà come unica alternativa, quella di rivolgersi al tribunale e chiedere che venga ordinato all'autorità di omettere l'esecuzione del provvedimento amministrativo in questione analogamente a quanto previsto dal § 80/5 terzo alinea. In caso di persistente inottemperanza potrà poi attivare, finalmente, la procedura di coazione indiretta di cui al § 172 *VwGO*⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁹¹⁾ In giurisprudenza cfr. *BayVGH*, 28.7.1982, in *DVBl* 1982, 1012. In caso di provvedimento con il quale viene disposta, ai sensi del § 80/5 terzo alinea, la rimozione dell'esecuzione di un atto già eseguito, occorrerà verificare il reale contenuto dell'ordine emesso dal giudice per decidere quale meccanismo di coazione attivare, diretta o indiretta. Laddove la rimozione delle conseguenze dell'esecuzione debba avvenire attraverso l'emanazione di un ulteriore provvedimento amministrativo da parte della p.a., ove questo non venga emesso, si potrà dar corso alla procedura di coercizione indiretta di cui al § 172 *VwGO* (*Zwangsgeld*): così, in giurisprudenza, *OVG Münster*, 8.3.1992, in *NVwZ*, 1993, 383 e *OVG Saarlouis*, 24.2.1992, in *DVBl* 1992, 110. Secondo parte della dottrina, ove l'eliminazione delle conseguenze di fatto suddette debba avvenire attraverso l'esecuzione di una prestazione, potrebbero applicarsi la procedura di esecuzione fissata nel codice di procedura civile (*ZPO*): in tal senso, J. HÜTTENBRINK, in J. HÜTTENBRINK, W. KUHLA, *Der Verwaltungsprozess*, 3. Aufl. München, 2002, 591, nt. 52.

⁽¹⁹²⁾ Si tratta di principio desumibile anche da, *VGH Kassel*, 22.6.1998, in *NVwRR* 1999, 158.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. sul punto *VGH München*, 28.7.1982, in *NJW* 1983, 837 che al fine di consentire l'esecuzione forzata dei provvedimenti *ex* § 80/5 terzo alinea, li assimila alle *einstweilige Anordnungen ex* § 123 *VwGO* espressamente previste quali titoli esecutivi dal § 168/1 secondo alinea. Diversamente opinando, le ordinanze con le quali viene imposta la rimozione dell'esecuzione di un atto amministrativo, la cui efficacia esecutiva sia già stata oggetto di previa sospensione, tuttavia trascurata dalla p.a., dovrebbero essere considerate alla stregua degli altri provvedimenti *ex* § 80 *VwGO* e, cioè, prive di effetti esecutivi, essendo da respingere la tesi che le ricomprende nelle "decisioni del tribunale provvisoriamente esecutive" di cui al § 168/1 nr. 1. Esse sarebbero, quindi, insuscettibili di essere coattivamente eseguite, con la conseguenza che la loro osservanza sarebbe sostanzialmente rimessa all'arbitrio dell'autorità. In termini, G. LÜCKE, *Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung*, in *NJW* 1978, 83, il quale precisa che, secondo il perspicuo tenore letterale del § 80/5 terzo alinea, il termine "*aufheben*" depone letteralmente per un "annullamento" dell'esecuzione. Ma l'annullamento è propriamente possibile solamente per atti di esecuzione che siano al contempo atti giuridici (*Rechtsakte*) e non già attività materiali (*tatsächliche Handlungen*). Infatti, secondo la disciplina delle *einstweilige Anordnungen*, possono essere adottate tutte quelle misure con-

Nel caso, invece, di atti amministrativi con efficacia verso terzi, vi è la possibilità, ai sensi del § 80a/3 primo alinea, 80a/1 nr. 2, 80a/2 *VwGO*⁽¹⁹⁴⁾ di ordinare all'autorità di astenersi dal dare esecuzione al provvedimento, in particolare ottenendo dal tribunale un'ordinanza con la quale si imponga alla p.a. di intimare al terzo beneficiario dell'atto, che eventualmente non abbia rispettato la previa sospensione degli effetti esecutivi, di osservare l'ordine⁽¹⁹⁵⁾.

3.2. *I provvedimenti provvisori a contenuto positivo*

Il § 123 *VwGO* offre ulteriori strumenti di tutela interinale affianco a quelli di cui al § 80 *VwGO*.

Il comma 5 della disposizione in esame stabilisce chiaramente la sussidiarietà di tali misure, applicabili solo laddove non trovi ingresso la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento nei casi di cui ai §§ 80 e 80a *VwGO*.

In altri termini i provvedimenti provvisori di cui al § 123 *VwGO* verranno concessi dal giudice, solo ove non venga in rilievo un provvedimento sacrificativo, essendo la questione principale, al contrario, imperniata sulla pretesa al rilascio di un titolo ovvero alla realizzazione di un'attività materiale o all'astensione da essa.

Senonché, ad istanza di parte, il tribunale potrà concedere due diversi tipi di misure cautelari, a seconda che il ricorrente deduca il pericolo che la realizzazione del suo diritto possa essere impedita da una eventuale modifica della situazione preesistente (§ 123/1 primo alinea *VwGO*) o, piuttosto, chieda al giudice un provvedimento a disciplina di

servative dello *status quo* volte ad evitare la realizzazione di modifiche irreversibili e in tal senso dovrebbe essere interpretata la norma in questione.

⁽¹⁹⁴⁾ Il § 80a *VwGO* disciplina la tutela provvisoria in caso di atti amministrativi ad effetto doppio. Se ne veda il dettato nella traduzione offerta da G, FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco*, cit., 66: «(1) Qualora un terzo proponga un rimedio giuridico contro l'atto amministrativo diretto (ad un altro) terzo e favorevole ad esso, l'autorità può 1. su richiesta del beneficiario ai sensi del § 80, co. 2, n. 4, disporre l'immediata esecuzione, 2. su richiesta del terzo ai sensi del § 80, co. 4, sospenderne l'esecuzione ed adottare misure provvisorie per tutelare i diritti del terzo. (2) Qualora un soggetto colpito da un atto amministrativo sfavorevole a lui rivolto, il quale favorisce un terzo, proponga un rimedio giuridico, l'autorità, può, su richiesta del terzo, disporre ai sensi del § 80, co. 2, n. 4, l'immediata esecuzione. (3) il tribunale può, su richiesta, modificare o revocare le misure di cui ai co. 1 e 2 o adottare tali misure. Si applica corrispondentemente il § 80, co. 5 fino ad 8».

⁽¹⁹⁵⁾ V. F. O. KOPP, W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 80, n. 207.

una situazione provvisoria relativa ad un rapporto giuridico controverso, ove tale disciplina appaia ineludibile «soprattutto in rapporti giuridici di durata, per scongiurare essenziali svantaggi o un pericolo incombente o per altri motivi» (§ 123/1 secondo alinea VwGO)⁽¹⁹⁶⁾.

Il primo tipo di misure, si risolve sostanzialmente in provvedimenti a carattere conservativo che vengono definiti comunemente in dottrina *Sicherungsanordnungen* e per la concessione dei quali deve, da una parte, apparire ragionevolmente sussistente il diritto fatto valere, nonché fondato il pericolo che nelle more del processo possa essere compromesso il buon esito del giudizio e, dall'altra, non sussistere il rischio che il rilascio del provvedimento cautelare possa in qualche misura anticipare la decisione sulla questione principale⁽¹⁹⁷⁾.

I primi due presupposti – corrispondenti al *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – rendono necessaria la verifica da parte del giudice della probabile sussistenza del diritto da cautelare (*glaubhaft gemachter Sicherheitsanspruch*) e del pericolo che l'attesa della fine del processo possa vanificare o rendere più difficoltosa la realizzazione del diritto medesimo (*glaubhaft gemachter Sicherheitsgrund*).

Quanto al terzo presupposto, le *Sicherungsanordnungen* sono finalizzate a proteggere il diritto del richiedente dal decorso del tempo e non già a garantirne una soddisfazione che potrebbe avvenire solamente con la sentenza⁽¹⁹⁸⁾.

Per queste ragioni il tribunale non potrebbe concedere misure recanti effetti irreversibili anticipando in questo modo la decisione nel merito.

⁽¹⁹⁶⁾ Per un'analisi completa delle *einstweilige Anordnungen*, A. PUTTLER, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar*, cit., sub § 123, 2194

⁽¹⁹⁷⁾ Sui presupposti per la concessione delle misure ex § 123 VwGO, M. MARTINI, *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl., Köln, München, 2008, 185.

⁽¹⁹⁸⁾ In genere i provvedimenti conservativi dello *status quo* vengono in rilievo laddove il richiedente vanti un diritto nei confronti della p.a. all'astensione da determinati provvedimenti o attività; v. in proposito, S. MÜCKL, *Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im System des vorläufigen Rechtsschutzes*, in *JA*, 2000, 331, oltre alla rassegna offerta da F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 123, n. 7. Per l'applicabilità di tali misure anche nel caso di diritto ad una determinata prestazione, K. FINKELNBURG, K. P. JANK *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungstreitverfahren*, 4. Aufl., München, 1998, 179 ss.

Le misure di cui al § 123/1 secondo alinea *VwGO*, comunemente definite *Regelungsanordnungen*, vengono invece concesse laddove si renda necessaria una disciplina provvisoria del rapporto controverso, in assenza della quale vi sarebbero presumibilmente notevoli svantaggi per il richiedente⁽¹⁹⁹⁾.

Il tribunale potrà pervenire all'accoglimento della richiesta di parte solamente previa deliberazione dei seguenti presupposti: una rilevante probabilità di fondatezza della pretesa sostanziale dedotta nel processo⁽²⁰⁰⁾; la necessità di una disciplina provvisoria al fine di scongiurare svantaggi essenziali o un pericolo imminente o per altri motivi, nella misura in cui l'interesse dell'istante all'ottenimento della cautela appaia prevalente rispetto a quello dell'amministrazione alla conservazione dello *status quo*; che attraverso una tale disciplina, non venga anticipata la decisione nel merito⁽²⁰¹⁾.

Convieni, poi, rilevare che un provvedimento interinale ai sensi del § 123 *VwGO*, potrà essere emesso anche laddove l'amministrazione resistente vanti un potere discrezionale in ordine alla questione principale, se alla luce delle particolari circostanze del caso sia possibile una sola manifestazione della discrezionalità amministrativa priva di errori (*Ermessensreduktion auf Null*).

Di interesse è anche il fatto che le istanze volte ad ottenere misure interinali positive presentino, a differenza di quelle *ex* § 80/5 *VwGO* un rischio non irrilevante: se il provvedimento cautelare appariva sin dall'inizio infondato, a fronte per esempio di una successiva decisione sfavorevole sulla questione principale o di un suo annullamento in sede di impugnazione, la parte contro la quale la suddetta misura aveva provvisoriamente esplicato i propri effetti, avrà diritto al risarcimento dei danni conseguentemente subiti ai sensi del § 945 *ZPO* cui il § 123/3 *VwGO* espressamente rinvia.

⁽¹⁹⁹⁾ *BayVGH*, 18.7.1989, in *BayVBl* 1989, 657.

⁽²⁰⁰⁾ Tale preventiva deliberazione avrà esito negativo laddove il richiedente vanti unicamente un diritto ad una decisione della p.a. priva di errori in punto all'esercizio del suo potere discrezionale (*ermessenfehlerfreie Entscheidung*): così, M. MARTINI, *Verwaltungsprozessrecht*, *cit.*, 185.

⁽²⁰¹⁾ Osserva ancora M. MARTINI, *Verwaltungsprozessrecht*, *cit.*, 185 come il presupposto da ultimo menzionato possa essere derogato nell'ipotesi in cui in assenza di un provvedimento provvisorio positivo, non verrebbe garantita l'effettività della tutela del richiedente. Per una rassegna di alcuni tipi di *Regelungsanordnungen*,

In ultima analisi, qualora l'autorità non ottemperi all'obbligo impostole nel provvedimento provvisorio concesso ai sensi del § 123 *VwGO*, il beneficiario della misura potrà attivare il meccanismo di coazione indiretta previsto dal § 172 *VwGO* che menziona *expressis verbis* le *einstweilige Anordnungen*, ottenendo, dunque, dopo l'infruttuoso decorso di un termine per la spontanea esecuzione della decisione, l'applicazione di una penale fino ad Euro diecimila ed eventualmente la sua eventuale officiosa esecuzione⁽²⁰²⁾.

⁽²⁰²⁾ Conviene ricordare come il § 168/1 nell'elencare i vari titoli esecutivi, menzioni al nr. 2 proprio le ordinanze provvisorie di cui al § 123 *VwGO* (*einstweilige Anordnungen*).

CAPITOLO II

LE MISURE COERCITIVE: LO *ZWANGSGELD* (§ 172 *VwGO*)

1. *L'esecuzione coattiva della sentenza amministrativa in generale*

Il *VwGO* disciplina l'esecuzione coattiva delle sentenze del giudice amministrativo⁽²⁰³⁾ nei confronti della pubblica amministrazione ai §§ 167-172.

In particolare, la legge sul processo amministrativo (*VwGO*) determina il giudice dell'esecuzione (§ 167), i titoli esecutivi (§ 168), l'esecuzione a favore della mano pubblica (§ 169), l'esecuzione contro la mano pubblica (§§ 170 e 172), nonché i casi in cui non è necessaria la formula esecutiva (§ 171).

L'esecuzione coattiva (*Zwangsvollstreckung*) delle sentenze del giudice amministrativo trova una prima disciplina generale nel § 167 della sez. XVII dell'ordinamento processuale amministrativo tedesco (*VwGO*).

Ivi si stabilisce, al primo comma, che, «*in quanto (...) non si desuma altrimenti, si applica corrispondentemente ai fini dell'esecuzione, il libro ottavo del Codice di procedura civile*» e che il *tribunale dell'esecuzione è il tribunale di primo grado*; il secondo comma dispone inoltre che «*le sentenze su azioni di impugnazione e di adempimento possono essere dichiarate provvisoriamente esecutive solo in merito alle spese*»⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰³⁾ Conviene ricordare che la giurisdizione amministrativa tedesca è una giurisdizione amministrativa ordinaria, operante su tutto lo spazio dell'azione amministrativa: essa si estende, infatti, a tutti i casi che soddisfano le condizioni che le norme determinative della giurisdizione dispongono in via generale (c.d. *Generalklausel*, clausola generale). In quest'ambito la giurisdizione amministrativa può essere esclusa solo da norme speciali volte esclusivamente ad individuare la sfera di giudizio di un'altra giurisdizione: sul punto cfr. M. SALVATI, *Sull'ordinamento federale della giurisdizione amministrativa tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1962, 194.

⁽²⁰⁴⁾ G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco, cit.*, sub § 167, 135. È, peraltro, interessante notare come la disposizione di cui al § 167 *VwGO* sia sostanzialmente identica a quella recata dal § 198/1 della legge sulla giurisdizione in materia di previdenza sociale (*SGG: Sozialgerichtsgesetz*) che rinvia in tema di esecuzione all'applicazione delle corrispondenti norme del libro ottavo del *ZPO* e che così recita: «*Für die Vollstreckung gilt das Achte Buch der Zivilprozessordnung entsprechend, soweit sich aus diesel Gesetz nichts anderei ergibt*».

Le procedure impiegate per assicurare l'esecuzione delle pronunce del g.a. hanno dunque – in linea teorica – natura giurisdizionale, applicandosi alle decisioni passate in giudicato e alle decisioni provvisoriamente eseguibili, ai provvedimenti cautelari, alle transazioni giudiziali, alle ordinanze relative alle spese e ai lodi esecutivi dei collegi arbitrali di diritto pubblico e alle transazioni arbitrali⁽²⁰⁵⁾.

Premesso che d'ora in avanti, ci occuperemo dei rimedi finalizzati a vincere le resistenze opposte dalla p.a. all'obbligo di eseguire i provvedimenti giurisdizionali – in particolare quelli aventi ad oggetto un atto amministrativo – si può affermare, in via di prima approssimazione, che le disposizioni del *VwGO* recano una disciplina incompleta dell'esecuzione, necessitando di essere integrate attraverso le norme del codice di rito⁽²⁰⁶⁾, giusta la riserva contenuta nel § 167/1 *VwGO*.

Dell'ottavo libro del codice di rito non troverebbero applicazione solamente i §§ da 916 a 945 *ZPO*, dunque l'intera sezione V sul sequestro conservativo ed altre misure provvisorie (*“Arrest und einstweilige Verfügung”*). Non si tratta, nella fattispecie, di misure esecutive e la legge sul processo amministrativo prevede ai §§ 80, 80a, 123 *VwGO* regole speciali in tema di sospensione degli effetti e di provvedimenti cautelari a contenuto positivo⁽²⁰⁷⁾.

Il rinvio operato dal § 167 *VwGO* deve essere, dunque, inteso con riferimento alla parte generale dell'ottavo libro del *ZPO* e, in special modo, ai §§ da 704 a 802, sezione I *ZPO*⁽²⁰⁸⁾.

⁽²⁰⁵⁾ Si ritiene che l'elencazione dei titoli esecutivi operata dal § 168 *VwGO* sia tassativa. Inoltre, la disposizione di cui al § 168 è norma speciale rispetto ai §§ 704 (*“Vollstreckbare Endurteile”*) e 794 (*“Weitere Vollstreckungstitel”*) *ZPO*. Per contro troverebbero in ogni caso applicazione i §§ 705 (*“Formelle Rechtskraft”*), 706 (*“Rechtskraft- und Notfristzeugnis”*) e 707 (*“Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung”*) *ZPO*: così, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT – ARBMAN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt-Kommentar*, München, 1996, sub § 167, n. 15.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. T. SCHMIDT – KÖTTERS, in H. POSSER, H. A. WOLFF, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1. Aufl., München, 2008, sub § 167, n. 1.

⁽²⁰⁷⁾ Anche se il § 123/3 *VwGO* sulle *einstweilige Anordnungen* rinvia a propria volta nuovamente a singole norme del codice di procedura civile contenute proprio della sezione V: «*Ai fini dell'emanazione di provvedimenti provvisori si applicano corrispondentemente i §§ 920, 921, 923, 926, 928 fino a 932, 938, 938, 939, 941 e 945 del Codice di procedura civile*»; cfr. G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco, cit.*, § 123, 102.

⁽²⁰⁸⁾ Così, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT – ARBMAN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 167, n. 12.

Sicché, l'ordinamento processuale amministrativo contiene solamente isolate regole in punto di esecuzione delle decisioni del g.a., vuoi a favore vuoi contro la mano pubblica – si tratta dei §§ 169, 170, 172 *VwGO* – le quali, tuttavia, per il prevalente orientamento dottrinale, non sono idonee, in linea generale, ad assurgere al rango di norme generali ed autosufficienti, in guisa da escludere l'applicabilità delle norme sul rito civile all'esecuzione forzata dei provvedimenti giurisdizionali amministrativi⁽²⁰⁹⁾.

Il § 169 *VwGO* disciplina l'esecuzione a favore della mano pubblica, cui si applica la legge sulle esecuzioni amministrative. Si tratta, di un particolare regime di esecuzione che vale sia per i crediti in denaro sia per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare. La norma in questione prevede espressamente, al comma 1, secondo alinea, che «*l'autorità di esecuzione, ai sensi della Legge sulle esecuzioni amministrative, è il presidente del tribunale di primo grado*», laddove il presidente del tribunale, ad onta dell'infelice formula, opera quale giudice e non già quale organo esecutivo.

I §§ 170 e 172 *VwGO* rappresentano, in ogni modo, la base normativa dell'esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione, ancorché i rispettivi ambiti di applicazione siano da tenere distinti, come induce a ritenere la diversa procedura che li caratterizza.

Il § 170 *VwGO* disciplina l'esecuzione contro la mano pubblica per crediti pecuniari, compresa la penale di cui al § 172 (*Zwangsgeld*). Tale norma è modellata sul § 882a *ZPO* relativo all'esecuzione per crediti di denaro nei confronti delle persone giuridiche di diritto pubblico (la norma del codice di rito fa espresso riferimento al *Bund* e al *Land*). Le modalità di esecuzione sono, sostanzialmente, quelle previste dal codice di procedura civile, nulla dicendo sul punto il § 170 *VwGO*.

Tuttavia, il § 170 *VwGO* reca alcuni correttivi – cosiddetti privilegi del fisco (*“Fiskusprivilegien”*) – che tengono conto della particolare condizione giuridica del patrimonio pubblico e della sua tendenziale destinazione all'assolvimento dei compiti dell'amministrazione. Più nel dettaglio, da un lato, il tribunale, prima di procedere all'esecuzione forzata, deve intimare all'autorità amministrativa di eseguire il giudicato

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo*, cit., 536.

entro il termine massimo di un mese e, dall'altro, essendo l'esecuzione inammissibile in relazione a beni essenziali per l'adempimento di pubbliche funzioni o alla cui alienazione si contrapponga un pubblico interesse, non può ordinare il sequestro di beni destinati all'uso o al servizio pubblico.

Il § 172 *VwGO* attiene, in linea di principio e salvo quanto si dirà, all'esecuzione di decisioni dichiarative dell'obbligo della p.a. di rilasciare un provvedimento nei confronti della controparte. Esso prevede un mezzo di coercizione meramente indiretto, assistito dalla minaccia di una sanzione pecuniaria da applicarsi all'autorità inadempiente senza alcuna limitazione o particolare privilegio per la stessa, salva la misura massima dell'ammenda di volta in volta irrogabile, pari ad Euro diecimila.

Ad ogni buon conto, si argomenta che le norme predette trovano applicazione senza necessità di essere integrate dai precetti del *ZPO*, solamente nella misura in cui il loro contenuto di disciplina si riveli esaustivo in relazione al caso concreto⁽²¹⁰⁾.

Per contro, laddove esso non dovesse apparire sufficiente, sarà possibile, in particolari circostanze, integrare le disposizioni del *VwGO* con quelle del codice di rito, in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁽²¹¹⁾.

⁽²¹⁰⁾ Così, fra gli altri, P. SCHMIDT, in E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl., München, Beck, 2006, *sub* § 167, n. 3, il quale precisa conclusivamente: «Über ihren Regelungsinhalt hinaus wirken die §§ 169, 170 und 172 aber nicht und können insofern auch nicht anderes Vollstreckungsrecht ausschließen. Soweit die §§ 167 bis 172 als Rechtsgrundlage nicht ausreichen, gelten die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften der ZPO entsprechend».

⁽²¹¹⁾ Sul punto si è pronunciata la Corte Costituzionale tedesca in una decisione di notevole importanza, sulla quale si tornerà nello specifico in sede di analisi del meccanismo di coazione indiretta (cap. II, par. 3), affermando che laddove per esperienze passate, ovvero per una inequivocabile e manifesta intenzione di non adempiere, ovvero ancora per l'insuccesso del meccanismo di coazione indiretta di cui al § 172 *VwGO*, invano ripetutamente attivato, sia evidente che la minaccia dello *Zwangsgeld* non sortisca alcun utile effetto deterrente nei confronti dell'amministrazione, il principio costituzionalmente sancito di effettività della tutela giurisdizionale, consente di fare applicazione, alla stregua del rinvio operato dal § 167 *VwGO*, delle corrispondenti norme del codice di rito in tema di esecuzione, in modo tale da ritagliare per il caso concreto quelle misure esecutive (ulteriori e diverse dallo *Zwangsgeld*) che siano in grado di piegare la resistenza dell'autorità. Nella parte motiva il Giudice delle leggi fa esplicito riferimento alle misure previste dai §§ da 885 a 896 *ZPO*, la cui scelta, anche in ordine a modalità ed eventuale successione delle misure da adottare, sarà rimessa alla valutazione del giudice competente. Così *BVerfG*, 9.8.1999, in *NVwZ* 1999, 1330 (1) in massima: «Ist aufgrund vorangegangener Erfahrungen, aufgrund eindeutiger Bekundungen oder aufgrund mehrfacher erfolgloser Zwangsgeldandrohungen klar erkennbar, daß die Behörde unter dem Druck des Zwangsgeld nicht einlenkt, dann gebietet es das Gebot effektiven Rechtsschutzes, von der nach § 167 *VwGO* möglichen "entsprechenden" Anwendung zivilprozessualer Vorschriften Gebrauch zu machen und einschneidendere Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, um die Behörde zu rechtmäßigem Handeln anzuhalten».

Conviene, poi, ricordare, che il *VwGO* non disciplina l'esecuzione fra privati, ancorché si tratti di rapporto che ben può venire in essere nell'ambito del processo amministrativo. A tal riguardo, debbono essere considerati nella loro veste di soggetti di diritto privato gli istituti di credito pubblici⁽²¹²⁾ e lo Stato nella sua qualità di fisco, per i quali trovano applicazione le norme del libro ottavo del codice di procedura civile.

Parimenti, si applicano le corrispondenti norme del *ZPO* all'esecuzione di provvedimenti o transazioni riguardanti soggetti privati, nella parte in cui dispongano in ordine alle spese di lite⁽²¹³⁾.

Il § 167/2 *VwGO* individua, ulteriormente, il giudice dell'esecuzione nel tribunale amministrativo di primo grado, il quale esercita all'uopo le funzioni che, secondo il processo civile, competerebbero alla pretura (*Amtsgericht*) ai sensi del § 764/1 *ZPO*.

Le ragioni dell'allocazione di tale competenza funzionale in capo al giudice amministrativo, risiedono nell'unicità della giurisdizione amministrativa e si colgono nei §§ 169, 170 e 172 *VwGO* nella parte in cui si fa riferimento ora al presidente del tribunale ora al tribunale di giustizia amministrativa di prima istanza⁽²¹⁴⁾.

Sempre il comma 2 del § 167 *VwGO* reca, di seguito, una norma particolarmente importante ai fini dell'argomento oggetto della presente trattazione, laddove, concretizzando la riserva contenuta nel primo comma, circa il rinvio al codice di rito in assenza di altra disciplina, esclude la provvisoria esecutorietà – tranne che per le spese – delle sen-

⁽²¹²⁾ Essendo essi trattati alla stregua di soggetti di diritto privato, non godranno dei "privilegi" di cui al § 170 *VwGO* (cfr. nota 85).

⁽²¹³⁾ In particolare, troveranno applicazione i §§ 803 ss. *ZPO* per l'esecuzione relativa a crediti pecuniari e i §§ 887 ss. per l'esecuzione di obbligazioni di fare e non fare: in questi termini, P. SCHMIDT, in E. EYER-MANN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 167 n. 8. In tal senso, un esempio ricorrente è offerto dalle controversie di diritto pubblico in materia di vicinato; sul punto, cfr. *OVG Münster*, 29.10.1968, in *NJW*, 1969, 524-525.

⁽²¹⁴⁾ «*Vollstreckungsbehörde im Sinne des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes ist der Vorsitzende des Gerichts des ersten Rechtszugs*» (§ 169/1 secondo alinea); «*Soll gegen den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, eine Körperschaft, eine Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts wegen einer Geldforderung vollstreckt werden, so verfügt auf Antrag des Gläubigers das Gericht des ersten Rechtszugs die Vollstreckung*» (§ 170/1 primo alinea); «*Kommt die Behörde in den Fällen des § 113 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 und des § 123 der ihr im Urteil oder in der einstweiligen Anordnung auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann das Gericht des ersten Rechtszugs (...) androhen (...) festsetzen und von Amts wegen vollstrecken*».

tenze su azioni di impugnazione (*Anfechtungsurteilen*) e di adempimento (*Verpflichtungsurteilen*)⁽²¹⁵⁾.

Si tratta, invero, di limitazione non trascurabile «*poiché finisce per negare al ricorrente qualunque tutela in ordine all'esecuzione delle sentenze di primo grado che dispongano l'annullamento di un provvedimento amministrativo o impongano alla p.a. di emanare un atto amministrativo. Se a tali provvedimenti del giudice non fa seguito un'attività di esecuzione volontaria della p.a., non sono previsti strumenti di coazione diretta (e nemmeno indiretta, con riguardo alle sentenze di prime cure n.d.r.) nei confronti degli organi inadempienti, risultando inapplicabili le procedure di esecuzione fissate nel codice di procedura civile (ZPO)*»⁽²¹⁶⁾.

In ultima analisi, per l'ipotesi dell'inadempimento degli obblighi di emettere atti o rendere comportamenti (perlomeno nei casi di revoca dell'esecuzione di un atto annullato *ex* § 113/2 primo alinea *VwGO*)⁽²¹⁷⁾, siano essi sanciti in sentenza o in un provvedimento cautelare, essendo escluso l'esercizio di poteri sostitutori da parte del giudice,

⁽²¹⁵⁾ In alcune pronunce si registra peraltro un orientamento volto ad estendere il disposto di cui al § 167/2 *VwGO*, nella misura in cui esclude la provvisoria esecutorietà delle sentenze sul provvedimento, anche alle sentenze sulle azioni di prestazione relative ad obblighi di fare e non fare (*allgemeine Leistungsklagen*): così, in particolare *VGH Mannheim*, 24.3.1999, in *DVBl*, 992, su un'azione volta ad ottenere la condanna dell'amministrazione a provvedere al coordinamento organizzativo di un laboratorio universitario presso un determinato istituto: «*Der Senat tritt dem VG darin dabei, daß § 167 Abs. 2 VwGO es auch ausschließt, Urteile auf allgemeinen Leistungsklagen der vorliegenden Art über den Kostenauspruch hinaus für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Vorschrift ordnet dies zwar nur für Urteile auf Anfechtungs – und Verpflichtungsklagen an. Sie ist indessen entsprechend auf Urteile anzuwenden, die auf allgemeine Leistungsklagen hin ergeben und einen Hoheitsträger zur Vornahme einer schlicht-hoheitlichen Maßnahme – wie hier die organisatorische Zuordnung einer universitären Werkstatt zu einem bestimmten Institut – verurteilen*». Sugli obblighi di non fare, v. *OVG Lüneburg*, 18.1.2000, in *NVwZ* 2000, 578 (2) così massimata: «*Auf Leistungsklagen auf Unterlassung schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns ist § 167 II VwGO entsprechend anzuwenden*». Stessa sorte tocca alle sentenze su azioni di impugnazione cui si sia cumulata un'azione di prestazione: cfr. *VGH Kassel*, 5.11.1986, in *NVwZ* 1987, 517.

⁽²¹⁶⁾ B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa*, cit., 45. Come abbiamo visto nel precedente capitolo, la non applicazione della provvisoria esecutorietà è comunque supplita da una estesa applicazione della tutela interinale.

⁽²¹⁷⁾ In realtà, si avverte si da ora che l'applicabilità del § 172 *VwGO* all'inadempimento da parte della p.a. dell'obbligo di rendere un comportamento finalizzato a rimuovere le conseguenze di fatto della precedente esecuzione, non sospesa, di un atto dichiarato illegittimo, non è affatto pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. In particolare, sembra che l'orientamento allo stato prevalente ritenga applicabile la norma sullo *Zwangsgeld*, solo laddove l'amministrazione sia venuta meno all'obbligo di rendere un provvedimento amministrativo anche nel caso in cui sia, nell'ottica del § 113/1 secondo alinea *VwGO*, funzionale alla revoca dell'esecuzione dell'atto annullato. Si privilegia, per contro, l'applicazione della disciplina del codice di rito sull'esecuzione forzata, alle situazioni in cui si verta sul dovere per l'autorità di rendere una certa attività materiale.

«l'unico rimedio esecutivo opponibile alla resistenza dell'autorità è lo Zwangsgeld, l'astreinte per il mancato adempimento, ripetutamente comminabile ed applicabile attraverso esecuzioni indefinitamente ripetibili anche d'ufficio»⁽²¹⁸⁾.

È quanto stabilito dal § 172 *VwGO*, che costituisce a ben vedere una sorta di micro-sistema relativamente alle modalità di esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali ivi menzionati – tutti a carattere ingiuntivo – rimanendo, tuttavia, fermi i generali presupposti dell'esecuzione, vale a dire: l'esecutività del titolo, che nei casi di cui ai §§ 113/1 primo alinea e 113/5 *VwGO* si ottiene con il passaggio in giudicato della sentenza (168/1 nr. 1 *VwGO*), la sussistenza della formula esecutiva di cui al § 171 *VwGO* ed infine l'intimazione ad eseguire la decisione⁽²¹⁹⁾.

2. Il modello compulsorio nell'esperienza tedesca: origini e natura dello

Zwangsgeld come previsto dal § 172 VwGO

Il quadro sino ad ora tratteggiato, mostra un sistema che presenta le seguenti caratteristiche: 1) l'indubbia presenza di sentenze idonee a radicare obblighi specifici in capo all'autorità soccombente e nei confronti del privato vittorioso; 2) la riserva in favore dell'amministrazione dell'attività di adeguamento dello stato di fatto alle statuizioni contenute nelle pronunce del g.a.; 3) la predisposizione di un meccanismo di coazione indiretta in risposta all'inosservanza dell'amministrazione all'obbligo di eseguire le decisioni predette, a fronte dell'insussistenza di alcun istituto analogo al giudizio di ottemperanza,

⁽²¹⁸⁾ Così, B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 130, il quale osserva che in questo modo, l'unica vera forma di soggezione esecutiva dell'amministrazione resterebbe la soggezione all'esecuzione pecuniaria.

⁽²¹⁹⁾ I suddetti requisiti, nella loro ineludibilità, non vengono, in realtà, mai espressamente menzionati dai §§ 167 ss. *VwGO*, essendo da essi solamente presupposti. Quali siano i titoli esecutivi fondanti l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali amministrative ce lo dice chiaramente, come già illustrato, il § 168 *VwGO* (v. *supra* p. 26 e nota 80). Quanto alla clausola esecutiva, essa non è sempre requisito indispensabile, secondo quanto disposto dal § 171 *VwGO*.

che consenta al giudice di surrogarsi all'autorità inadempiente per quanto riguarda l'attività esecutiva⁽²²⁰⁾.

Così recita il § 172 VwGO: «*Se un'autorità, nei casi di cui al § 113, co. 1, secondo periodo, e co. 5, e del § 123, non ottempera all'obbligo impostole nella sentenza o nel provvedimento provvisorio, il tribunale di primo grado può, su richiesta, comminare con ordinanza nei suoi confronti un'ammenda fino ad Euro diecimila, previa assegnazione di un termine, applicarla dopo l'infruttuoso decorso del termine e portarla ad esecuzione d'ufficio. L'ammenda può essere ripetutamente comminata, applicata e portata ad esecuzione*»⁽²²¹⁾.

La norma fa espresso riferimento all'esecuzione (indiretta) di una sentenza di annullamento nella parte in cui contestualmente ingiunge all'amministrazione la revoca della già introdotta esecuzione del provvedimento caducato (§ 113/1 secondo alinea VwGO) ovvero di adempimento dell'obbligo di emettere un certo atto o di provvedere nel rispetto della concezione giuridica del tribunale (§ 113/5 VwGO) o, infine, il rilascio di un provvedimento provvisorio a contenuto positivo (§ 123 VwGO).

⁽²²⁰⁾ In verità, molto prima che venisse alla luce la legge sulla giustizia amministrativa e con essa il § 172 VwGO in tema di *Zwangsvollstreckung*, l'idea di poter eseguire coattivamente le pronunce dei giudici nei confronti di un soggetto esercente un pubblico potere, era stata decisamente avversata in dottrina. Si sosteneva in particolare, che si sarebbe rivelato un non senso che lo Stato, quale "fondamento del diritto" (*Hort des Rechts*), potesse essere coartato al rispetto di quello stesso diritto di cui egli era portatore. Ciò si sarebbe rivelato inconciliabile con il rispetto che si deve allo Stato medesimo ed avrebbe leso la sua immagine, mettendone in discussione l'onore («*les Etat toujours doit être réputé honnête homme*», cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris e Nancy 1896, I, 347 ss.), al di là dei dubbi sulla possibilità di conciliare un siffatto sistema con il fondamentale principio della separazione dei poteri. Oltre a questo, non vi sarebbe stata nemmeno una ragione pratica a suffragio della predisposizione di misure esecutive nei confronti della pubblica autorità, in omaggio al principio invalso nel diritto romano e compendiato nel brocardo "*fiscus semper idoneus successor sit et solvendo*", secondo cui lo Stato, diversamente da qualsiasi altro debitore, sarebbe sempre solvibile oltre che pronto ad adempiere: in questi termini, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., München, 1924, § 32, 381 ss. Tali argomenti non sono poi stati, evidentemente, recepiti dal progetto governativo della legge sulla giustizia amministrativa (VwGO): «*Der hiergegen erhobene Einwand, daß eine solche Vorschrift das Ansehen der Verwaltung schädige, greift nicht durch. Geschädigt wird das Ansehen der Verwaltung nur, wenn die Zwangsstrafe tatsächlich verhängt werden muß; dies zu vermeiden, liegt in der Hand der Verwaltung. Die Befolgung gerichtlicher Urteile müßte in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit sein; doch hat gerade die Nachkriegserfahrung gelehrt, daß es in Ausnahmefällen auch Behörden gegenüber nicht ohne Zwang geht*»; cfr. BT-Drs. III/55, 49). Per una rassegna delle argomentazioni proposte a confutazione della tesi di O. MAYER e, conseguentemente, a supporto della necessità di dotarsi di un sistema di misure coattive per fronteggiare l'eventuale inottemperanza dell'autorità, si veda inoltre, W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, Berlin, 1982, 63 ss. e, prima ancora, O. BACHOF, *Die Verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., 150 ss.

⁽²²¹⁾ G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo*, cit., § 172, 138.

Ebbene, laddove l'amministrazione, invece che darvi attuazione, tracchetti, perda tempo, manifesti la deliberata volontà di non darvi seguito, il legislatore tedesco, ha previsto con il § 172 *VwGO*, quale misura vincolante, finalizzata a neutralizzare l'inadempimento degli organi dell'amministrazione, la possibilità di minacciare, applicare e portare ad esecuzione d'ufficio, anche ripetutamente, una sanzione pecuniaria⁽²²²⁾ nei confronti della p.a.

Né, almeno apparentemente, il sistema è in grado di offrire ulteriori efficaci strumenti volti a vincere tali resistenze. Rimedi indiretti, ulteriori e prodromici allo *Zwangsgeld*, ma rispetto ad esso decisamente meno impattanti e di valore per lo più simbolico, sono l'interpello dell'autorità gerarchicamente superiore rispetto a quella che dovrebbe eseguire la sentenza ovvero il ricorso all'opinione pubblica attraverso una petizione popolare o mediante il coinvolgimento della stampa al fine di sollecitare o quantomeno esercitare una pressione psicologica sull'amministrazione inottemperante⁽²²³⁾.

Quanto al § 172 *VwGO*, mette conto osservare che il suo contenuto è rimasto immutato nel tempo, a partire dalla sua entrata in vigore con la legge del 21 gennaio 1960 istitutiva del codice di giustizia amministrativa⁽²²⁴⁾. Sin dal progetto di legge governativo, la norma in parola ricalcava quella omologa presente nell'ordinamento processuale in materia di previdenza sociale (*SGG*) al § 201, anche nell'utilizzo dell'espressione "*Erzwingungsstrafe*"⁽²²⁵⁾, sostituita poi con il definitivo lemma "*Zwangsgeld*"⁽²²⁶⁾, quest'ultimo ri-

⁽²²²⁾ Per indicare lo *Zwangsgeld* di cui al § 172 *VwGO* si utilizzano alternativamente, per comodità espositiva, le espressioni "ammenda" o "penale", salvo quanto già ricordato e cioè che tale istituto è un mero mezzo di coazione indiretta escludendosi una sua funzione precipuamente punitiva.

⁽²²³⁾ Cfr. sul punto W. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörde*, cit., 62.

⁽²²⁴⁾ Il dettato del § 172 *VwGO* venne solamente adattato alle modifiche subite dal § 113 con legge 1.1.1991, in cui la disposizione riguardante la sentenza sulla *Verpflichtungsklage*, originariamente contenuta nel quarto ed ultimo comma, venne in seguito semplicemente trasposta nel quinto postumo capoverso.

⁽²²⁵⁾ Termine che letteralmente poteva essere tradotto con pena o sanzione coercitiva. La relazione al progetto di legge sul processo amministrativo (cfr. *BT-Drs.* III/5, 49) parlava anche di "*Zwangsstrafe*" ovvero sia "pena amministrativa", quasi ad evocare il carattere precipuamente punitivo di tale misura, in contrasto, con la conclamata funzione di mero mezzo di coercizione (*Beugemittel*).

⁽²²⁶⁾ Il termine "*Zwangsgeld*" ricorre anche nell'ambito del § 201/1 *SGG*, in luogo di quello originario di "*Erzwingungsstrafe*", a fronte della modifica apportata alla norma predetta con gli artt. 113 nr. 6 e 98 nn. 13 e 15 della legge istitutiva del codice penale dd. 2.3.1974 (*BGBI* I, 469). Il § 201/1 *SGG* nell'attuale formulazione recita: «*Kommt die Behörde in den Fällen des § 131 der im Urteil auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann das Gericht des ersten Rechtszugs auf Antrag unter Fristsetzung ein Zwangsgeld bis zu tausend Euro durch Beschluß androhen und nach vergeblichem Fristablauf festsetzen. Das Zwangsgeld kann wie-*

corrente in altra norma di analogo tenore, il § 154 della legge sul contenzioso tributario (*FGO*)⁽²²⁷⁾.

Di particolare interesse è il raffronto fra i predetti ordinamenti sui quali gioverà brevemente soffermarsi.

Ricordando che la disposizione di cui al § 201 *SGG* venne emanata con esplicito riferimento alla norma sull'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo contenuta nel progetto sul *VwGO*, un tanto corrispondendo all'espressa finalità del legislatore di operare un coordinamento fra le rispettive leggi⁽²²⁸⁾, dall'analisi delle disposizioni in materia di esecuzione della sentenza nel contenzioso previdenziale si ricava lo stesso schema tracciato nel § 172 *VwGO*.

Nella prima ipotesi il quadro giuridico appare, se possibile, ancora più chiaro.

Per esempio, mentre il primo comma del § 198 *SGG* rubricato "*Geltung der ZPO*", fa espresso rinvio alle norme del codice di procedura civile per quanto non espressamente disciplinato dalla legge speciale, così ricalcando il § 167/1 *VwGO*, il comma secondo esclude esplicitamente – a differenza del *VwGO* – l'applicabilità delle norme in tema di

derholt festgesetzt werden». È interessante notare, ulteriormente, che con la legge istitutiva del codice penale si è provveduto, in un'ottica di "sistemazione" della terminologia legislativa, ad eliminare anche per quel che riguarda i §§ 888 e 890 *ZPO*, espressioni evocanti il concetto di pena (*Strafe*). Si è così provveduto a sostituire nell'ambito del § 888 *ZPO* relativo all'esecuzione forzata degli obblighi di fare infungibili, i termini "*Geldstrafe*" (pena pecuniaria) e "*Strafhaft*" (carcere) con quello di "*Zwangsgeld*" (ammenda) e "*Zwangshaft*" (arresto), e nell'ambito del § 890 *ZPO* relativo all'esecuzione degli obblighi di non fare e sopportare, al posto dei precedenti termini "*Geldstrafe*" e "*Strafe der Haft*" quelli di "*Ordnungsgeld*" (sanzione pecuniaria disciplinare) e "*Ordnungshaft*" (arresto disciplinare). È, peraltro, dalla stessa relazione preliminare alla legge istitutiva del codice penale che si ricava l'intenzione del legislatore di mantenere fermo il concetto di pena ("*Strafe*") nella prospettiva del diritto penale e di evocare, contestualmente, gli effetti repressivi della violazione di un ordine (nella specie quello di eseguire una sentenza di condanna) e le misure di coazione rispettivamente con le espressioni "*Ordnungsgeld*" ("*Ordnungshaft*") e "*Zwangsgeld*" ("*Zwangshaft*") laddove il prefisso "*Zwang*" deriva dal verbo "*zwingen*", letteralmente, costringere; cfr. sul punto la relazione al progetto di legge relativo al codice penale (*EGStGB* dd. 2.3.1974), in *BT-Drs.* VI/3250,185 ss.

⁽²²⁷⁾ Così recita il § 154 *FGO*: "*Kommt die Finanzbehörde in den Fällen der § 100 Abs. 1 Satz 2, §§ 101 und 114 der ihr im Urteil oder in der einstweiligen Anordnung auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann das Gericht des ersten Rechtszugs auf Antrag unter Fristsetzung gegen sie ein Zwangsgeld bis zweitausend Deutsche Mark durch Beschluß androhen, nach fruchtlosem Fristablauf festsetzen und von Amts wegen vollstrecken. Das Zwangsgeld kann wiederholt angedroht, festgesetzt un vollstreckt werden*".

⁽²²⁸⁾ Si veda il parere del Governo in *BT-Drs.* I/4357, 50 relativamente al § 149 del progetto di legge sul *SGO*.

provvisoria esecutività⁽²²⁹⁾; ad ogni modo, non l'applicabilità delle norme del codice di rito relative all'esecuzione di obblighi di dare, fare e non fare (§§ 883 ss. *ZPO*).

Per il caso di esecuzione coattiva nei confronti della pubblica autorità, il § 201 *SGG* contiene, come visto, una disciplina peculiare per le situazioni di inottemperanza alle sentenze di adempimento secondo le ipotesi di cui al § 131 *SGG*⁽²³⁰⁾

La medesima sistematica è, inoltre, riscontrabile nella legge sul contenzioso tributario (*FGO*) che al § 151 richiama le disposizioni del codice di rito per quel che attiene all'esecuzione delle sentenze del giudice tributario nei confronti di una pubblica amministrazione⁽²³¹⁾.

Il § 154 *FGO*, quale norma omologa rispetto alle già illustrate disposizioni di cui ai §§ 172 *VwGO* e 201 *SGG*, stabilisce che in caso di inadempimento dell'autorità rispetto all'obbligo contenuto in uno dei provvedimenti giurisdizionali di cui ai § 100/1 secondo alinea (*Folgenbeseitigungsurteile*), 101 (*Verpflichtungsurteil*) e 114 (*einstweilige Anordnungen*) *FGO*, il tribunale può irrogare un'ammenda fino a diecimila Euro (precedentemente duemila marchi).

Si ricava, in definitiva, una volta di più, da un'analisi comparativa dei sistemi che precedono, come l'esecuzione di un obbligo imposto alla p.a. in ordine all'emissione di un atto amministrativo sia assistita da un regime speciale di coazione indiretta, laddove l'attuazione delle altre tipologie di decisioni viene garantita attraverso l'applicazione della disciplina contemplata nel *ZPO*⁽²³²⁾.

⁽²²⁹⁾ Cioè quelle su sequestro (*Arrest*) e provvedimento provvisorio (*einstweilige Verfügung*). L'inapplicabilità delle medesime norme nell'ambito del processo amministrativo si desume interpretativamente dalla presenza di norme speciali quali §§ 80, 80a e 123 *VwGO*.

⁽²³⁰⁾ Il § 131 *SGG* fa riferimento a sentenze di annullamento (*Anfechtungsurteile*) e di adempimento (*Verpflichtungsurteile*) e, quindi, a decisioni sul provvedimento. Il § 201 *SGG* è, in conseguenza, applicabile unicamente a tale tipologia di pronunce e non già a quelle emanate rispetto ad una generale azione di prestazione (*allgemeine Leistungsklage*); in giurisprudenza, sul punto, cfr. *BSG*, 20.4.1988, in *BSGE*, 63, 144, 149.

⁽²³¹⁾ Così recita il § 151/1 *FGO*: «Soll gegen den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, eine Körperschaft, eine Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts vollstreckt werden, so gilt für die Zwangsvollstreckung das Achte Buch der Zivilprozessordnung sinngemäß; 150 bleibt unberührt. Vollstreckungsgericht ist das Finanzgericht».

⁽²³²⁾ Sull'obiettivo di un'interpretazione ed applicazione unitaria delle illustrate norme, F. O. KOPP, W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 173, n. 2 e V. SCHMID in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar, cit.* sub § 173, n. 15

La limitazione della procedura esecutiva nei confronti della p.a. ad un rimedio come lo *Zwangsgeld* – perlomeno nei casi previsti dal § 172 *VwGO* – la mette, dunque, al riparo dall'esecuzione forzata diretta⁽²³³⁾.

Peraltro, è da respingersi la tesi che vede in questo meccanismo di coazione indiretta, in raccordo con il § 170 *VwGO* sull'esecuzione per crediti pecuniari⁽²³⁴⁾ e soprattutto se raffrontato con il sistema di esecuzione delle decisioni del giudice ordinario nei rapporti interprivatistici, un privilegio per la pubblica amministrazione

È, infatti, agevole osservare che, diversamente dalle prestazioni in denaro, gli obblighi di rilasciare atti amministrativi riguardano solamente soggetti pubblici, trattandosi di obblighi da eseguirsi eventualmente contro di essi.

A tale stregua, il legislatore, con la predisposizione di uno strumento di mediata coazione, non ha voluto di certo privilegiare l'autorità, bensì tenere nella dovuta considerazione il principio costituzionale della separazione dei poteri che vieta ingerenze da parte della magistratura nella sfera di esclusiva pertinenza della p.a.⁽²³⁵⁾.

Che poi il modello compulsorio in questione, potesse essere realmente in grado di spiegare quell'efficacia deterrente che il legislatore tedesco si era riproposto di conferirgli al momento della sua codificazione era, almeno sino al 2001, quesito di assai incerta risposta, in ragione, per lo più, della modestia dell'importo cui poteva soggiacere di volta in volta l'autorità, fissato nella misura massima di duemila marchi.

Misura non certo elevata, in relazione a quelle corrispondenti previste dal codice di procedura civile in relazione al proprio modello di coazione indiretta⁽²³⁶⁾.

⁽²³³⁾ Anche se, come si vedrà più avanti e come in parte già anticipato, non è del tutto esclusa la possibilità di accedere alla tutela esecutiva secondo i dettami del codice di rito, nel caso di insuccesso della procedura di coazione indiretta o, a certe condizioni, in alternativa alla stessa. È peraltro chiaro che ciò sarà consentito laddove si richieda alla p.a. una prestazione fungibile, non certo per quanto concerne l'emissione di un atto amministrativo, in relazione al quale rimane ferma la rigida separazione tra giurisdizione ed amministrazione.

⁽²³⁴⁾ Cfr. nota 84.

⁽²³⁵⁾ Le ragioni contrarie alla lettura del § 172 *VwGO* alla stregua di un privilegio dell'amministrazione, sono ben illustrate da D. HECKMANN in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar*, cit. sub § 172, n. 11.

⁽²³⁶⁾ Il § 888 *ZPO* sull'esecuzione degli obblighi di fare infungibili (*Nicht vertretbare Handlungen*), prevede l'applicazione di una penale sino ad un massimo di Euro venticinquemila (prima della moneta unica, sino a cinquantamila marchi) per il caso di inottemperanza del debitore alla sentenza di condanna ovvero

Si sosteneva da più parti in dottrina, che sulla decisione dell'amministrazione di dare o meno attuazione ad una sentenza del g.a., influisse non tanto il fatto in sé della minaccia di una penale, quanto piuttosto l'entità dell'importo della medesima, tant'è vero che si invocava a gran voce, se non l'eliminazione del limite massimo di duemila marchi, perlomeno il suo innalzamento⁽²³⁷⁾.

Ebbene, il legislatore, con legge 20.12.2001 (*RmBereinVpG*)⁽²³⁸⁾, in occasione dell'entrata in vigore della moneta unica, ha provveduto nell'ottica di una maggiore garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale⁽²³⁹⁾, ad elevare l'importo massimo dello *Zwangsgeld* sino ad Euro diecimila.

Tuttavia, i dubbi sulla reale incisività dell'ammenda continuano a permanere, soprattutto se si considera che la misura massima prevista dal § 888 *ZPO* in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare infungibili, supera di oltre il doppio (Euro venticinquemila) quella definita dal *VwGO* (Euro diecimila).

Quanto alla natura giuridica, lo *Zwangsgeld*, è un semplice mezzo di coercizione e non già un istituto di matrice sanzionatoria.

Un tanto, trova conforto nella relazione di accompagnamento al progetto relativo alla legge 2 marzo 1974 istitutiva del codice penale (*EGStGB*), laddove si pone l'accento sul fatto che l'ammenda di cui al § 172 *VwGO*, così come nelle altre disposizioni che fanno

l'arresto (*Zwangshaft*) fino ad un massimo di sei mesi (§ 913 *ZPO*) in caso di impossibilità di riscuotere la penale irrogata. Il § 890 attiene all'esecuzione degli obblighi di non fare e sopportare cui il debitore è tenuto sotto comminatoria di analoga penale fino ad Euro duecentocinquantamila (cinquecentomila marchi prima dell'Euro), ovvero l'arresto sino a due anni in caso di insolvenza dell'esecutato.

⁽²³⁷⁾ Così, fra gli altri, W. BANK, *Zwangvollstreckung gegen Behörde*, cit., 80-81; C. H. ULE, *Die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der rechtsstaatlichen Demokratie*, in *Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Schriftenreihe Hochschule Speyer*, Berlin, 1970, (45), 41.; K. A. BETTERMANN in nota critica a *OVG Lüneburg* 17.3.1967, in *DVBf* 1969, 121. È, inoltre, interessante notare che di uguale avviso sembrava essere lo stesso legislatore tedesco, se è vero che nell'ambito di un progetto di legge sul processo amministrativo (*E-VwPO*), aveva previsto al § 200, corrispondente all'omologo 172 *VwGO*, la misura massima dell'ammenda in cinquecentomila marchi, v. *Synopse zum Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung (gefertigt in Bundesministerium der Justiz)*, Köln, Bundesanzeiger Verlagsges., 1977.

⁽²³⁸⁾ *Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess (BGBl I 3897)*.

⁽²³⁹⁾ Cfr. *BT-Drs XIV/6393*. Così si esprime, fra l'altro, B. KIENEMUND, *Referatsleiterin* presso il *Bundesministerium der Justiz*, in *NJW*, 2002, 1237: «Gegen die Behörde, die einem Verpflichtungstenor oder einer einstweiligen Anordnung nicht nachkommt, ist künftig ein Zwangsgeld von bis zu 10000 Euro (bisher: 2000 DM) möglich; bei der Wiederholungsmöglichkeit des § 172 S. 2 *VwGO* bleibt es. Damit wird endlich ein effektiver Druck auf die Verwaltung möglich».

ricorso ad un siffatto rimedio, non potrebbe, salvo eccezioni, essere applicata e portata ad esecuzione laddove il destinatario abbia nel frattempo adempiuto.

I mezzi di coercizione (indiretta) sono infatti generalmente finalizzati a far ottenere al soggetto interessato una certa prestazione da parte di chi vi è tenuto in base ad un titolo esecutivo e non a reprimere un (illecito) comportamento⁽²⁴⁰⁾.

Lo *Zwangsgeld* è indirizzato sostanzialmente ad esercitare una pressione psicologica sulla p.a. ed è destinato a concretizzarsi attraverso l'effettiva applicazione ed esecuzione della penale previamente irrogata, in una prospettiva futura, cioè, nell'ipotesi di una mancata ottemperanza alla statuizione del giudice passata in giudicato o contenuta in una misura cautelare, entro il termine preventivamente fissato con apposita intimazione⁽²⁴¹⁾.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr. *BT-Drs.* VI/3250, 186: «Die Rechtsfolge, die eine bloÙe ErzwingungsmaÙnahme ist, kann nhlich nicht mehr festgesetzt oder vollstreckt werden, wenn der Betroffene seiner Pflicht inzwischen genügt hat. Zwangs – und BeugemaÙnahmen sind ausschlieÙlich darauf gerichtet, ein künftiges Verhalten durchzusetzen; es handelt sich bei ihnen also nicht um repressive Unrechtsfolgen». Sul punto, si veda inoltre, fra le tante, *OVG Berlin*, 4.11.1998, in *NVwZ* 1999, 411: «Das in § 172 VwGO vorgesehene Zwangsgeld ist ein reines Beugemittel. Ein vom VG angedrohtes Zwangsgeld zur Durchsetzung einer einstweiligen Anordnung darf nicht mehr festgesetzt werden, wenn der Vollstreckungsgläubiger involge Zeitablaufs kein Interesse mehr an der Durchsetzung des titulierten Anspruchs hat». Per la prevalente giurisprudenza e dottrina, avrebbe, al contrario, carattere sanzionatorio, nonostante le apparenti analogie con *Zwangsgeld*, il c.d. «*Ordnungsgeld*» (letteralmente, pena pecuniaria disciplinare) di cui al § 890 *ZPO* relativo all'esecuzione forzata degli obblighi di non fare o sopportare, in quanto volto a sanzionare in questo caso un'attivit posta in essere dal debitore in spregio ad un preciso dovere di astensione: cfr. in dottrina, W. SCHUSCHKE, in W. SCHUSCHKE, W.- D. WALKER, *Vollstreckung und vorlufiger Rechtsschutz*, Köln – München, Heymann, 2002, I, sub § 890, n. 6; O. JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht: ein Studienbuch*, München, Beck, 1999 sub § 27, IV. O. R. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, 1992 11-12; in giurisprudenza, *BVerfG*, 14.7.1981, in *BVerfGE*, 58, 162: «Das Bundesverfassungsgericht hat für die ältere Fassung der Vorschrift des § 890 Abs. 1 ZPO bereits entschieden, daÙ sie strafrechtliche Elemente enthalte und daÙ die Bestrafung eine Schuld des Betroffenen voraussetze». *BVerfG*, 25.10.1966, in *BVerfGE*, 20, 332: «Die Vorschrift des § 890 Abs. 1 ZPO enthält, obwohl sie sich im Abschnitt Zwangsvollstreckung der ZivilprozeÙordnung findet, strafrechtliche Elemente. Sie wirken sich vor allem im subjektiven Tatbestand aus. Die Bestrafung setzt eine Schuld des Betroffenen voraus».

⁽²⁴¹⁾ Lo scopo precipuo dello *Zwangsgeld* è quello di determinare il debitore all'adempimento di un obbligo. Ci avviene attraverso la pressione mediata esercitata sul destinatario dalla minaccia di una penale, poich, in linea di principio, non sussiste la possibilit di attivare un meccanismo di esecuzione diretta oppure perch tale meccanismo è a forte rischio di insuccesso. La coazione indiretta della volont del debitore viene dunque in rilievo quando debba darsi esecuzione ad obblighi di fare infungibili, la cui realizzazione è inevitabilmente rimessa alla volont di quello e quel solo soggetto, oppure nell'ambito degli obblighi di tollerare o di astenersi da una certa attiv, che possono essere per definizione solo indirettamente coercibili; in argomento v. O. R. REMIEN, *Zwangsgeld, cit.*, 11-12.

Non rileva in alcun modo, ai fini dell'attivazione del meccanismo predetto, una colpa dell'autorità pubblica, essendo necessario e sufficiente che si tratti, nella fattispecie concreta, di un obbligo giuridicamente possibile da realizzare per il debitore.

Che la p.a. sia rimasta colpevolmente o incolpevolmente inerte sino al momento della minaccia e dell'eventuale applicazione dell'ammenda è infatti circostanza del tutto insignificante; né potrebbe seriamente ritenersi iniquo prescindere dalle ragioni per le quali la p.a. non abbia spontaneamente dato attuazione agli obblighi fatti valere nei suoi confronti, considerata la possibilità per la stessa di porre in essere la necessaria attività esecutiva anche dopo l'applicazione dell'ammenda.

Circostanza, quest'ultima, che depone ulteriormente per la natura non punitiva dello *Zwangsgeld*, venendo meno l'interesse del privato alla sua riscossione, una volta che la p.a. abbia – come si è già detto – ottemperato⁽²⁴²⁾.

Tuttavia, secondo un autorevole indirizzo dottrinale, nelle ipotesi di deliberato impedimento dell'esecuzione forzata, nelle quali la p.a. abbia reso impossibile l'attuazione dell'obbligo impostole attraverso la sentenza (o con il provvedimento cautelare), venendo in auge, per esempio, la persistente inerzia rispetto ad un provvedimento da emettere entro un certo termine, o piuttosto, la violazione del dovere di astenersi dall'emanare un certo atto, la penale dovrebbe essere ugualmente applicata e portata ad esecuzione⁽²⁴³⁾.

Si ritiene che il caratteristico effetto di pressione psicologica della minaccia (*Androhung*) rimarrebbe privo di significato laddove, in una situazione di (definitiva) impossibi-

⁽²⁴²⁾ Afferma *OLG Köln*, 5.3.1982, in *MDR* 1982, 589 nella parte motiva: "Durch Erfüllung der geschuldeten Handlung vor der Vollstreckung hat es der Schuldner in der Hand, eine Vollstreckung zu verhindern, da diese mit Rücksicht auf den Beugezweck nicht mehr zulässig ist, wenn die geschuldete Handlung vorgenommen ist".

⁽²⁴³⁾ Si ammette in dottrina e giurisprudenza l'azione di condanna preventiva ad astenersi dall'emanare atti amministrativi futuri. La dottrina definisce questa tipologia di azione – preordinata sia ad impedire l'emanazione di un provvedimento solo minacciato, sia ad ottenere l'interruzione di un'attività amministrativa esecutiva di un atto già adottato – come *Unterlassungsklage*. Sul punto v., in dottrina, W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht*, 13. Aufl., Bayreuth, Richard Boorberg Verlag, 1994, 189-191 e C. H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Aufl., München, Beck, 1987, 214-215. In giurisprudenza, fra le tante, v. OVG Lüneburg 26.8.1970 in *Amtl. Samml.*, (22), 284 ss. su un caso di azione volta ad ottenere la condanna della p.a. ad omettere il rilascio di un provvedimento di autorizzazione a posticipare l'orario di chiusura di un esercizio commerciale; *BVerwG* 16.4.1971 in *DVBl* 1971, 746 ss. in ordine ad un'azione finalizzata ad ottenere l'astensione dell'autorità dal rilasciare una concessione edilizia ad un terzo.

lità di ottemperare, *a fortiori* per causa imputabile all'amministrazione, venisse meno la possibilità di applicare e, soprattutto, riscuotere la penale⁽²⁴⁴⁾.

Quest'ultimo assunto, tuttavia, come visto poc'anzi, sarebbe contraddetto dal principio, sovente richiamato in dottrina e giurisprudenza, per cui la riscossione coattiva dello *Zwangsgeld* sarebbe inammissibile ove l'attività esecutiva dovesse essere realizzata entro un certo termine e siffatto termine fosse nel frattempo decorso in assenza di rituale adempimento. Diversamente opinando, ne verrebbe snaturata la funzione di mezzo di coazione indiretta presupponente un'esecuzione ancora possibile⁽²⁴⁵⁾.

Sicché, lo *Zwangsgeld* assumerebbe, ma solo in questi particolari casi, un significato effettivamente sanzionatorio, in deroga alla sua ordinaria funzione di mero mezzo di coazione indiretta⁽²⁴⁶⁾.

2.1. *Ambito di applicazione: le sentenze sul provvedimento.*

Il § 172 *VwGO*, al primo alinea, prevede lo *Zwangsgeld* come mezzo di coazione in tre distinte ipotesi, vale a dire per l'attuazione delle cc.dd. *Folgenbeseitigungsurteile* emesse ai sensi del § 113/1 secondo alinea *VwGO* con le quali, nell'ambito di una pronuncia di annullamento di un atto già eseguito, il tribunale dichiara su richiesta di parte (c.d. *Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch*) come l'autorità amministrativa debba provvedere a revocarne l'esecuzione, delle cc.dd. *Verpflichtungsurteile* e *Bescheidungsurteile* ex § 113/5

⁽²⁴⁴⁾ In questi termini K. A. BETTERMANN, in nota critica a *OVG Lüneburg*, 17.3.1967, *cit.*, 120: "Aus der Beuefunktion des Zwangsgeldes folgt nicht die Unzulässigkeit, sondern ganz in Gegenteil die Notwendigkeit, das vor Frist- oder Termins Ablauf festgesetzte Zwangsgeld auch nach dem Ablauf noch beizutreiben, wenn der Verurteilte seiner befristeten oder terminierten Verpflichtung nicht nachgekommen ist, die Zwangsgeldfestsetzung allein ihren Beugezweck also nicht erreicht hat. Sie kann ihn auch nicht erreichen, wenn hinter ihr nicht die Drohung der Zwangsbeitreibung bei weiterem Ungehorsam steht – auch und gerade für den Fall, daß in zwischen die nicht erfüllte Verhaltenspflicht durch Zeitablauf erloschen ist"; W. BANK, *Zwangvollstreckung*, *cit.*, 76; A. WETTLAUFER, *Die Vollstreckung aus verwaltungs-, social- und finanzgerichtlichen Titeln zugunsten der öffentlichen Hand*, Berlin, 1989, 150.

⁽²⁴⁵⁾ In dottrina, cfr. E. EYERMANN, L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8. Aufl., München, 1980, *sub* § 172 n. 4; in giurisprudenza, cfr. *OVG Lüneburg*, 17.3.1967, *DVBl* 1969 119 e *VGH Kassel*, 20.2.1964, in *NJW* 1964, 2444.

⁽²⁴⁶⁾ Sostengono A. WETTLAUFER, *Die Vollstreckung*, *cit.*, 150; O. R. REMIEN, *Zwangsgeld*, *cit.*, 226, 260 che in questi termini lo *Zwangsgeld*, per essere operativo, presupporrebbe, effettivamente, una colpa del "debitore".

VwGO con le quali l'amministrazione viene obbligata a rilasciare al ricorrente un determinato titolo ovvero a provvedere nel rispetto della concezione giuridica enucleata dal tribunale e, in ultima analisi, dei provvedimenti provvisori positivi ai sensi del § 123 *VwGO* (cc.dd. *einstweilige Anordnungen*).

Secondo la dichiarata volontà del legislatore, il § 172 *VwGO* doveva garantire in ogni caso l'esecuzione delle sentenze di adempimento (*Verpflichtungsurteile*)⁽²⁴⁷⁾, laddove la nozione "*Verpflichtungsurteil*" – in contrapposizione a quella "*Anfechtungsurteil*" – fa tecnicamente riferimento alle sole pronunce con le quali veniva ordinato alla pubblica amministrazione l'emissione di atti amministrativi, non già a sentenze di condanna ad una prestazione positiva o negativa (*allgemeine Leistungsurteile*)⁽²⁴⁸⁾.

Parallelamente, lo stesso § 113 *VwGO*, originariamente rubricato "*Urteilstenor*", veniva concepito dal legislatore tedesco come norma di disciplina dei dispositivi delle sentenze sulle azioni di impugnazione e adempimento, non occupandosi affatto delle sentenze di condanna ad una prestazione genericamente intesa, il cui dispositivo si poteva desumere implicitamente dalla natura stessa dell'azione ivi correlata (*allgemeine Leistungsklage*)⁽²⁴⁹⁾.

A tale stregua, se nell'idea del legislatore il § 113 *VwGO* doveva abbracciare esclusivamente, da un lato, le sentenze di annullamento, come tali non necessitati di essere eseguite e, dall'altro, le sentenze di condanna al rilascio di un certo titolo, come tali, invece, necessitanti di attuazione in via amministrativa, così, simmetricamente, anche il richiamo operato dal § 172 al § 113 *VwGO* doveva ritenersi significativo solo per le sentenze sulla *Verpflichtungsklage*, comprensive del *Bescheidungsurteil*.

Ma se ciò appare evidente con riguardo al comma 5 del § 113 *VwGO* che, nell'attuale versione, mette inequivocabilmente capo a sentenze sul provvedimento (*Verpflichtungsurteile e Bescheidungsurteile*), altrettanto non può dirsi per il § 113/1 secondo alinea *VwGO*, relativamente alla statuizione con la quale si ingiunge all'autorità la revoca dell'esecuzione di un atto annullato (*Folgenbeseitigungsurteil*), potendo la stessa concre-

⁽²⁴⁷⁾ *BT-Drs.* III/55, 49.

⁽²⁴⁸⁾ *BT-Drs.* III/55, 48.

⁽²⁴⁹⁾ *BT-Drs.* III/55, 43.

tizzarsi nella condanna ad emanare un dato atto amministrativo, così come a rendere un comportamento secondo la logica delle *allgemeine Leistungsurteile*.

Se è pur vero che nell'attuale concezione, ricade nell'alveo delle predette pronunce ex § 113/1 secondo alinea *VwGO*, la condanna ad adottare qualsiasi misura funzionalmente preordinata ad eliminare le conseguenze legate all'illegittimo esercizio del potere pubblico⁽²⁵⁰⁾ è, altresì, vero, che il legislatore non aveva in mente, al momento di codificarla, una così lata applicazione della norma in questione, considerando la pronuncia sul *Folgenbeseitigungsanspruch*, al contrario, come una particolare ipotesi di *Verpflichtungsurteil*⁽²⁵¹⁾.

Pertanto, il rinvio del § 172 al § 113/1 secondo alinea *VwGO*, deve essere inteso nel senso dell'applicabilità dello *Zwangsgeld* alla fattispecie in cui il tribunale, in accoglimento della pretesa del ricorrente alla eliminazione delle conseguenze dell'avvenuta esecuzione dell'atto impugnato (e annullato), condanni l'autorità ad emanare un provvedimento amministrativo⁽²⁵²⁾.

Lo stesso discorso deve valere per quel che attiene all'esecuzione dei provvedimenti provvisori positivi di cui al § 123 *VwGO* (*einstweilige Anordnungen*), richiamati da ultimo dal § 172 *VwGO*.

Al momento di predisporre il progetto del codice di giustizia amministrativa (*VwGO*), la versione iniziale del § 172 non conteneva alcun rimando ai provvedimenti interinali di cui sopra. Dunque, le pronunce dichiarative dell'obbligo di rendere un atto

⁽²⁵⁰⁾ Cfr. F. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 113, n. 80.

⁽²⁵¹⁾ «Bei dem Antrag, die Behörde zur Rückgängigmachung zu verurteilen, handelt es sich sachlich um eine Verpflichtungsklage, die sich an die Anfechtungsklage anzuschließen hätte, da erst mit der Rechtskraft des stattgebenden Anfechtungsurteils der Anspruch auf Rückgängigmachung des Vollzugs entsteht; aus prozeßökonomischen Gründen soll hierüber aber bereits im Rahmen des Anfechtungsprozesses mitentschieden werden»: cfr. *BT-Drs.* III/55, 43. Nondimeno, la dogmatica tedesca ha da sempre ritenuto che il *FBA* e la correlativa pronuncia assumano una differente conformazione a seconda che la revoca dell'esecuzione debba avvenire attraverso l'emanazione di un provvedimento amministrativo – ipotesi più rara – oppure con l'adozione di un comportamento e, in particolare, attraverso la realizzazione di una attività materiale. Nella prima ipotesi l'azione spiccata dal ricorrente non sarebbe né più né meno che una *Verpflichtungsklage*, mentre nella seconda andrebbe inquadrata come (*allgemeine*) *Leistungsklage*; cfr. sul punto, E. SCHUNK, H. DE CLERCK, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1. Aufl., Siegburg, 1961, sub § 113, 381.

⁽²⁵²⁾ Cfr. *VGH Mannheim*, 10.5.1973, in *NJW* 1973, 1518: «§ 172 *VwGO* gilt nur bei der Vollstreckung von Entscheidungen im Zusammenhang mit Verpflichtungsklagen, also bei einer einstweiligen Anordnung nur, wenn sie auf eine bereits erhobene oder durch mögliche Verpflichtungsklage bezogen ist».

amministrativo dovevano riguardare esclusivamente pronunce sulla questione principale e non già statuizioni provvisorie e strumentali rispetto a quella di merito.

Tuttavia, in considerazione del fatto che un procedimento cautelare ai sensi del § 123 *VwGO* – tanto più che esso attiene proprio ai casi in cui il ricorrente contrasta il rifiuto o l'inerzia dell'amministrazione rispetto alla richiesta di un provvedimento ampliativo – ben può concludersi con una decisione volta ad ordinare anche il rilascio di un certo atto a disciplina provvisoria del rapporto controverso, logica ha voluto che il § 172 ricomprendesse anche le *einstweilige Anordnungen*.

Diversamente, si sarebbe dato ingresso alla seguente aporia: da una parte, l'esecuzione delle sentenze sul provvedimento di cui al § 113 comma primo secondo alinea e comma quinto *VwGO*, sarebbe stato garantito dal rimedio dello *Zwangsgeld ex § 172 VwGO* mentre, dall'altra, per l'esecuzione coattiva di meri provvedimenti cautelari – nonostante il medesimo contenuto rappresentato dall'ordine di emettere un atto amministrativo – si sarebbe dovuto far ricorso alle diverse misure esecutive del codice di procedura civile (§§ 883 ss. *ZPO*), giusta la riserva di cui al § 167/1 *VwGO*.

Proseguendo con l'analisi del § 172 *VwGO*, l'omessa menzione delle sentenze di mero annullamento è da ricercarsi, in ogni modo, nella natura costitutiva delle stesse e, quindi, nella mancanza di efficacia esecutiva.

L'ipotesi di cui al § 113/1 secondo alinea *VwGO* inerisce, come detto, ad una pronuncia che si colloca all'interno di una sentenza demolitoria, ma che riveste un'autonoma valenza, ricollegandosi ad una pretesa a sé stante (*Folgenbeseitigungsanspruch*) diversa da quella alla (mera) caducazione dell'atto impugnato, in quanto volta ad ottenere una statuizione inquadrabile nell'ambito delle *Leistungsurteile*, cioè sentenze di (condanna ad una) prestazione, quindi dichiarative di un obbligo.

È, dunque, da escludere la possibilità di portare ad esecuzione una sentenza di annullamento – relativa ad atti sacrificativi della posizione giuridica soggettiva del destinatario – avendo essa effetti meramente costitutivi, tenuto presente, oltretutto, che la suspensio-

ne automatica dell'esecutività dell'atto impugnato sopperisce in qualche misura alla mancanza di provvisoria esecutorietà della sentenza predetta⁽²⁵³⁾

La provvisoria esecutività di tale pronuncia viene quindi circoscritta, secondo il disposto di cui al § 167/2 *VwGO*, al capo relativo alla condanna alle spese di lite che potrà, se del caso, essere oggetto di esecuzione immediata secondo la procedura delineata dal § 170 *VwGO*.

Senonché, l'inapplicabilità dello *Zwangsgeld* alle pronunce cassatorie, quale rimedio volto a fronteggiare l'eventuale inottemperanza della p.a., determina apparentemente un vuoto di tutela per il privato, nel caso in cui l'autorità emetta in sede di riedizione del potere un nuovo provvedimento elusivo del giudicato di annullamento (*Wiederholungsverbot*)⁽²⁵⁴⁾.

In tal caso, l'atto elusivo dovrà essere necessariamente oggetto di una rinnovata impugnativa - e così, teoricamente all'infinito⁽²⁵⁵⁾ - in cui il ricorrente si limiterà a far valere la violazione della regiudicata ed in cui l'annullamento verrà pronunciato in assenza di un esame nel merito (*Sachprüfung*) e sulla mera base dell'effetto preclusivo del giudicato⁽²⁵⁶⁾.

⁽²⁵³⁾ Sarà proprio nei casi di inoperatività della sospensione degli effetti esecutivi del provvedimento da annullare che assumerà particolare significato l'istituto del *Folgenbeseitigungsanspruch*.

⁽²⁵⁴⁾ Le alternative che residuano in capo all'amministrazione in sede di rinnovazione dell'attività amministrativa sono legate alla portata della motivazione della sentenza. L'annullamento dell'atto per vizi di forma o procedurali o per eccesso di potere non impedisce alla p.a. di riadottare un provvedimento dal medesimo contenuto di quello censurato, emendato dai vizi stigmatizzati con la pronuncia demolitoria. Per converso, ove l'annullamento consegua al riscontro di una irreparabile violazione del diritto materiale da parte dell'autorità pubblica, violerà il giudicato un rinnovato provvedimento avente il medesimo contenuto di quello caducato, in assenza di un sopravvenuto mutamento della situazione di fatto o di diritto. Così, sul punto, B. CLAUSING, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *VwGO*, cit. sub § 121, n. 81 «*Ist die Aufhebung des Verwaltungsakts hingegen auf einen "irreparablen" Verstoß gegen materielles Recht gestützt, darf die Behörde den gleichen Verwaltungsakt ohne Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht erneut erlassen. Dieses Wiederholungsverbot läßt sich unmittelbar aus der Rechtskraftwirkung herleiten. Das "ne bis in idem" wendet sich (...) allerdings bereits im Vorfeld eines neuen Verfahrens gegen die im Erstprozeß unterlegene Behörde: Sie darf den obsiegenden Kläger nicht durch ein im Widerspruch zu der rechtskräftigen Entscheidung stehendes Verhalten erneut in die gleiche Prozeßsituation zwingen*».

⁽²⁵⁵⁾ Si tratta, ad ogni modo, di situazione che in Germania non esitano a definire assurda e, quindi, assolutamente priva di riscontro nella prassi.

⁽²⁵⁶⁾ Un interessante esempio, in tal senso, è offerto da *BVerwG*, 8.12.1992, in *NVwZ*, 1993, 672 così massimata: «*Im Falle einer erfolgreichen Anfechtungsklage wirkt sich ein rechtskräftiges Urteil in dem in § 121 VwGO umschriebenen Rahmen nicht nur auf den seinerzeit angefochtenen, sondern auch auf nachfolgende Verwaltungsakte aus, Der im Vorprozeß unterlegenen Behörde ist es verwehrt, bei unveränderter Sach- und Rechtslage gegen denselben Betroffenen einen neuen Verwaltungsakt aus den vom Gericht mißbilligten Gründen*

In definitiva, può dirsi che il § 172 *VwGO* si occupa della sentenza di annullamento solo in funzione della accessoria statuizione ingiuntiva dell'obbligo di ripristinare la situazione antecedente all'esecuzione dell'atto annullato.

Trattandosi, peraltro e per lo più, di condanna a rendere non già un provvedimento amministrativo, bensì un'attività materiale secondo lo schema della *allgemeine Leistungsklage*, non del tutto sopito è il dibattito circa la possibilità di applicare anche in tale evenienza, il rimedio di cui al § 172 *VwGO*, enucleato dal legislatore per garantire l'attuazione delle decisioni sul provvedimento o, piuttosto, di attivare, in ossequio alla riserva di cui al § 167/1 *VwGO*, le misure di esecuzione diretta scolpite nel codice di procedura civile.

Ma sul punto, avremo cura di tornare allorquando si passerà ad analizzare l'esecuzione degli obblighi della p.a. di porre in essere comportamenti positivi o negativi.

Alla luce di quanto sino ad ora illustrato, si intravede come l'ambito di applicazione privilegiato dello *Zwangsgeld* sia quello dell'inottemperanza al giudicato formatosi sulle sentenze di adempimento *ex* § 113/5 *VwGO* (*Verpflichtungsurteile*).

La provvisoria esecutività di tali pronunce, finalizzate a far ottenere al ricorrente il provvedimento agognato o, nel caso del *Bescheidungsurteil*, a sancire l'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione riottosa, nel rispetto del quadro giuridico fissato dal Tribunale con la sentenza, è esclusa in virtù del disposto di cui al § 167/2 *VwGO*⁽²⁵⁷⁾.

zu erlassen». Il caso portato all'attenzione del *Bundesverwaltungsgericht* riguardava il rinnovato divieto emanato dall'autorità amministrativa nei confronti di un venditore ambulante - dopo che ne era già stato annullato un primo di eguale tenore con sentenza passata in giudicato - di svolgere la propria attività a bordo di apposito automezzo ("*automarket*"), di domenica e durante tutti i giorni di festa per disturbo della pubblica quiete, nonché per contrasto con l'essenza dei giorni domenicali e festivi in genere, in quanto deputati al riposo e, quindi, in violazione del § 41 *NdsFeiertagsG* (*Niedersächsischenfeiertaggesetz*). Il Supremo Collegio tedesco accoglieva il ricorso proposto dal venditore ambulante, richiamando l'effetto preclusivo del primo giudicato di annullamento e ritenendo del tutto irrilevante il fatto che la seconda decisione dell'amministrazione, elusiva della regiudicata, avesse tratto spunto da una sopravvenuta pronuncia del medesimo *BVerwG* di conferma di analogo provvedimento di divieto. Infatti, un precedente giurisprudenziale su analoga questione, ancorché sopravvenuto, non era in grado di determinare quel necessario mutamento della situazione giuridica o fattuale, che solo avrebbe potuto legittimare l'adozione di un provvedimento recante la medesima motivazione di altro precedentemente annullato in via definitiva.

⁽²⁵⁷⁾ Ciò, in considerazione del fatto che pur potendo la *Verpflichtungsklage* sfociare inizialmente in una pronuncia di accoglimento presupponente l'illegittimità del diniego o dell'inerzia della p.a., nei successivi gradi di giudizio potrebbe, al contrario, essere accertata la legittimità dell'esercizio del pubblico potere precedentemente censurato. Di tal che sarebbe inopportuno accordare al ricorrente, a seguito di una statui-

Si è comunque visto che il ricorrente in attesa del giudicato sulla sentenza di adempimento, potrà richiedere al tribunale, ove necessario, l'emissione di provvedimenti interinali positivi ai sensi del § 123 *VwGO* con i quali ingiungere alla controparte anche l'adozione di un atto amministrativo a disciplina provvisoria del rapporto dedotto in causa, potendo eventualmente portare ad esecuzione la misura cautelare concessa attraverso il rimedio dello *Zwangsgeld*.

Il *Verpflichtungsurteil* accorda, quindi, una tutela che sarà suscettibile di esecuzione forzata (indiretta) *ex* § 172 *VwGO* solamente con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia e i limiti oggettivi del giudicato di condanna all'emissione di un dato atto amministrativo dipenderanno dall'estensione degli effetti della sentenza⁽²⁵⁸⁾.

La portata di un *Bescheidungsurteil* con la quale viene, invece, unicamente sancito l'obbligo dell'autorità di provvedere nel rispetto del quadro giuridico delineato in sentenza, senza alcuna indicazione in ordine allo specifico contenuto dell'atto da adottare, si ricava dal dispositivo e dai motivi alla base della decisione, pacifico essendo che anche una siffatta tipologia di sentenza sia suscettibile di esecuzione coattiva indiretta secondo i dettami del § 172 *VwGO*⁽²⁵⁹⁾.

Ad esempio, laddove la p.a. in conseguenza di un *Bescheidungsurteil* emetta un ordine di demolizione, con l'obiettivo di far cessare la lesione del diritto del ricorrente attraverso l'esecuzione di una attività materiale da parte del vicino controinteressato, così l'obbligo di provvedere, come si ricava dalla sentenza predetta, deve ritenersi esteso al dovere dell'amministrazione di garantire l'attuazione dell'ordinanza in caso di mancata spontanea attivazione del terzo destinatario, attraverso i mezzi di coazione amministrativa. E, ove ciò non dovesse avvenire, ben potrà il creditore (*Vollstreckungsgläubiger*) richiedere

zione favorevole di primo grado, la provvisoria facoltà di procedere coattivamente nei confronti dell'autorità soccombente al fine di ottenere il rilascio del preteso titolo; in questi termini, J. HÜTTENBRINK, in W. KUHLA, J. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozeß*, 2. Aufl., München, 1998, 583, 584.

⁽²⁵⁸⁾ Con il passaggio in giudicato della sentenza di adempimento *ex* § 113/5 *VwGO* viene definitivamente accertato il diritto del ricorrente a conseguire quel determinato bene della vita dedotto in giudizio ovvero, nell'ipotesi in cui si verta in tema di potere discrezionale, il diritto e, quindi, il corrispondente obbligo della p.a. ad emettere un nuovo provvedimento nel rispetto della concezione giuridica espressa dal g.a. (*Bescheidungsurteil*).

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. *VGH Kassel*, 26.3.1999, in *NVwZ-RR* 1999, 805; *VGH München*, 10.11.1998, in *NVwZ-RR* 1999, 410.

l'esecuzione coattiva della sentenza conformemente al disposto di cui al § 172 *VwGO* (*Zwangsgeld*)⁽²⁶⁰⁾.

Come già anticipato, l'omesso rilascio del richiesto provvedimento, così come la riedizione del potere amministrativo in contrasto con il quadro giuridico delineno nel *Beschheidungsurteil*, consentono di attivare il rimedio dello *Zwangsgeld*⁽²⁶¹⁾.

In particolare, lo si vedrà diffusamente più avanti, il ricorrente vittorioso, potrà chiedere al tribunale di primo grado, dietro apposita istanza, di fissare un termine entro il quale l'autorità dovrà dare completa esecuzione alla sentenza, contestualmente determinando una penale nell'ammontare massimo di Euro diecimila, per il caso di persistente inottemperanza anche oltre la scadenza del termine predetto.

In tale ultima evenienza, sempre su richiesta di parte, il tribunale provvederà ad applicare all'amministrazione renitente l'ammenda previamente stabilita ed a riscuoterla coattivamente d'ufficio, con l'ulteriore possibilità di reiterare, in ipotesi all'infinito⁽²⁶²⁾, la procedura di cui sopra – minaccia di ammenda, applicazione ed esecuzione coattiva del relativo credito pecuniario secondo il § 170 *VwGO* – fin tanto che permanga l'inadempimento della pubblica autorità.

2.2. *L'esecuzione degli obblighi di rendere prestazioni positive o negative.*

Particolarmente controversa – soprattutto in dottrina – è la seguente questione: se il § 172 *VwGO* trovi applicazione solamente nell'ipotesi in cui venga intimata alla p.a. una determinata attività provvedimentale oppure anche nel caso in cui venga intimato all'autorità di rendere un dato comportamento (positivo o negativo).

⁽²⁶⁰⁾ Cfr. *OVG Münster*, 20.2.1992, in *NVwZ-RR* 1992, 518.

⁽²⁶¹⁾ Alla mancata emissione del provvedimento legittimamente richiesto, corrisponde ai fini dell'attivazione dell'esecuzione forzata indiretta, anche l'emanazione di un atto amministrativo diverso totalmente o parzialmente da quello preteso dalla parte vittoriosa e, dunque, non integralmente soddisfacente, perché contenente ad esempio, disposizioni accessorie in qualche modo limitanti l'esercizio dell'attività sottesa al titolo da rilasciare. Per contro, nella misura in cui la sentenza da ottemperare non vieti l'adozione di disposizioni accessorie da parte della p.a., non potrà invocarsi una mancata esatta esecuzione della decisione da parte di quest'ultima; cfr. sul punto, anche per richiami giurisprudenziali, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 34.

⁽²⁶²⁾ La definitiva impossibilità di dare esecuzione alla sentenza per causa imputabile alla p.a. potrà dar luogo, in ogni caso, ad una responsabilità risarcitoria della stessa.

Si tratta di problema interpretativo di non poco momento.

Infatti, contestualmente al richiamo agli istituti del *Folgenbeseitigungsurteil* (§ 113/1 alinea secondo *VwGO*) e delle *einstweilige Anordnungen* (§ 123 *VwGO*), il § 172 *VwGO* non opera alcun distinguo in ordine al loro oggetto, ancorché attraverso le predette statuizioni si possa ingiungere all'amministrazione anche il compimento di attività materiali ovvero l'osservanza di obblighi di omettere o tollerare.

Dunque, non solo l'emissione di atti amministrativi.

Più nel dettaglio, per quel che concerne la pronuncia di cui al § 113/1 alinea secondo *VwGO* con la quale, su richiesta di parte, il giudice può imporre alla p.a. di revocare l'esecuzione di un atto indicandone le modalità, la relativa pretesa assumerà le caratteristiche di una azione generale di prestazione (*allgemeine Leistungsklage*)⁽²⁶³⁾.

Per esempio, nell'ipotesi in cui sia già stato eseguito un provvedimento di esproprio, poi annullato con sentenza passata in giudicato, il *Folgenbeseitigungsanspruch* e la conseguente pronuncia, consentiranno di ottenere il ripristino dello *status quo ante* e, quindi, la restituzione del bene espropriato (*Herausgabe einer Sache*) ed eventualmente l'eliminazione di quanto ivi edificato.

In definitiva, il problema risiede nell'individuazione della disciplina di esecuzione coattiva applicabile all'inottemperanza della p.a. all'obbligo di rendere non già un atto amministrativo, bensì un'attività materiale o un comportamento negativo⁽²⁶⁴⁾, atteso oltretutto il rinvio operato dal § 167/1 *VwGO* alle norme del codice di procedura civile (*ZPO*) per tutto quanto non espressamente disciplinato dal *VwGO* in ordine all'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo.

Sul punto, si registrano almeno tre correnti di pensiero.

Un primo indirizzo postula un'applicazione generalizzata del § 172 *VwGO* anche ai casi di condanna dell'amministrazione a rendere od omettere comportamenti, escluden-

⁽²⁶³⁾ Come ribadito più volte, assumerà la connotazione di una *Verpflichtungsklage* laddove l'eliminazione delle conseguenze dell'atto annullato già eseguito debba avvenire mercé l'esercizio di attività amministrativa provvedimento.

⁽²⁶⁴⁾ Si tratta, in sostanza, di tutti quegli obblighi (della p.a.) che possono essere fatti valere mediante la *allgemeine Leistungsklage*: così, D. HECKMANN, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar, cit., sub § 172, 2941* che fa riferimento anche agli obblighi di rendere dichiarazioni di volontà (*Willenserklärungen*).

do che possano trovare ingresso, nella fattispecie, le misure esecutive del codice di procedura civile⁽²⁶⁵⁾.

Un secondo orientamento, che potremmo definire, intermedio, riconducibile in particolare ad un autore, ritiene applicabili solo alcune delle norme del codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata, in particolare quelle di cui ai §§ 888 e 890 *ZPO*, relative all'esecuzione degli obblighi di fare infungibili e di non fare o tollerare (*Unterlassungen und Duldungen*), peraltro, solamente nella parte in cui prevedono un'ammenda per il mancato rispetto della decisione giudiziale⁽²⁶⁶⁾.

Una terza presa di posizione, prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza⁽²⁶⁷⁾ propugna, invece, una lettura restrittiva del § 172 *VwGO*, applicabile solo nella misura in cui si tratti di dare esecuzione ad un obbligo di provvedere in capo al soggetto pubblico⁽²⁶⁸⁾.

In tutti gli altri casi⁽²⁶⁹⁾, in cui la sentenza del g.a. (o il provvedimento cautelare positivo di cui al § 123 *VwGO*) condanni l'amministrazione ad una prestazione positiva – salvo che si tratti di crediti pecuniari per cui varrà il § 170 *VwGO* – o negativa, troveranno applicazione le ordinarie misure esecutive di cui ai §§ 883 *ZPO* e ss.

Per la particolare attenzione che la dogmatica tedesca ha dedicato al tema, conviene, a questo punto, analizzare le argomentazioni alla base dei tre orientamenti che precedono.

⁽²⁶⁵⁾ Per un'applicazione generalizzata dello *Zwangsgeld* di cui al § 172 *VwGO*, da considerare quale speciale strumento di coercizione di qualsiasi attività amministrativa, non solo provvedimento, v. in dottrina, fra gli altri R. PIETZNER in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, sub § 172, n. 18; J. BADER, in J. BADER, M. FUNKE-KAISER, S. KUNTZE, J. VON ALBEDYLL, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 4. Aufl., Heidelberg, 2007, sub § 172, n. 3; in giurisprudenza, cfr. in particolare, *VG Münster*, 3.5.2004, in *NVwZ* 2005, 476.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. W. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, cit., 77 ss.

⁽²⁶⁷⁾ Le conclusioni cui è giunto l'indirizzo maggioritario sono state sostanzialmente avallate anche da *BVerfG*, 9.8.1999, in *NVwZ* 1999, 1330.

⁽²⁶⁸⁾ In dottrina fra gli altri, J. HÜTTENBRINK, in W. KUHLA, J. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozeß*, cit., 585, 587, 588; F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 172, n. 1; K. REDEKER, H.-J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., Stuttgart, sub § 172 n. 3; W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 29 ss.; G. PÜTTNER, *Die Einwirkungspflicht. Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform*, in *DVBl* 1975, 353. In giurisprudenza, *ex multis BayVGH*, 7.3.2002, in *BayVBl* 2003, 375; *VGH Mannheim*, 25.6.2003, in *NVwZ-RR* 2004, 459;

⁽²⁶⁹⁾ E salvo la condanna ad una prestazione pecuniaria per cui varrà la regola speciale dettata dal § 170 *VwGO* in tema di esecuzione contro la mano pubblica per crediti pecuniari.

2.2.1. Segue: la tesi dell'applicazione generalizzata del § 172 VwGO

Secondo l'orientamento in esame⁽²⁷⁰⁾, il ritenere che gli obblighi di dare, fare e non fare cui la p.a. deve sottostare in seguito ad una pronuncia del g.a., debbano essere eseguiti coattivamente mercé l'applicazione delle misure esecutive di cui al codice di procedura civile (§§ 883 ss.), corrisponde ad un assunto non in sintonia con il fondamento storico del § 172 *VwGO* né, tantomeno, con la sua collocazione sistematica.

Il senso della disposizione predetta è quello di rappresentare una norma di chiusura relativamente alla esecuzione forzata di attività della p.a., che non consistano nell'adempimento di un debito pecuniario.

Nell'ottica del legislatore del 1960, con l'espressa menzione, nell'ambito del § 172 *VwGO* dei casi di cui al § 113 comma 1 alinea secondo e comma 5 *VwGO* dovevano essere ricomprese tutte le possibili ipotesi di attività amministrativa, sia provvedimento che materiale.

Di fianco ai casi di *Folgenbeseitigungsklage* e *Verpflichtungsklage*, l'unico caso di azione generale di prestazione (*allgemeine Leistungsklage*) preso in esame dal legislatore nel 1960 era, a tutto voler concedere, l'azione di condanna ad una prestazione pecuniaria, desumibile implicitamente dal tenore letterale del § 111/1 *VwGO*⁽²⁷¹⁾.

L'azione generale di prestazione, da intendersi come azione avente ad oggetto la richiesta di condanna dell'autorità a rendere un qualsiasi altro comportamento positivo o negativo, venne, invece, alla ribalta solo più tardi, a seguito dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale e sotto la spinta propulsiva del principio fondamentale di effettività della tutela giurisdizionale, consacrato nell'art. 19/4 della Costituzione tedesca.

A tale stregua, il riferimento letterale del § 172 *VwGO* ai soli casi di cui al § 113/1 alinea secondo e 113/5 *VwGO*, deve essere inteso unicamente come mancanza di consapevolezza da parte del legislatore, al momento di codificare la legge sulla giustizia amministrativa, dell'ampio spettro di pretese che potevano essere fatte valere nei confronti del-

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. ora e per tutti, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. ARBMAN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 18-20.

⁽²⁷¹⁾ «Ist bei einer Leistungsklage ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht durch Zwischenurteil über den Grund vorab entscheiden».

la p.a. – oltre a quella avente ad oggetto il rilascio di un provvedimento ovvero l'esecuzione di una prestazione pecuniaria – attraverso l'istituto di conio dottrinale, poi recepito anche dalla giurisprudenza, comunemente definito *allgemeine Leistungsklage*⁽²⁷²⁾.

Pertanto, appare evidente, sempre secondo l'indirizzo in rassegna, come il legislatore del 1960 fosse – erroneamente – convinto di aver considerato nell'ambito del § 172 *VwGO* tutti i casi in cui poteva rendersi necessaria un'esecuzione coattiva nei confronti della pubblica autorità.

Escludere, per esempio, dall'ambito di applicazione del § 172 *VwGO*, gli obblighi giudizialmente riconosciuti in capo all'amministrazione, diversi da quelli funzionali alla revoca dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo ex § 113/1 secondo alinea *VwGO*⁽²⁷³⁾, significherebbe accreditare l'illogica tesi per cui il legislatore volle, da una parte, predisporre il rimedio dello *Zwangsgeld* (sino a duemila marchi) per i casi, appunto, di inottemperanza all'obbligo di rimuovere le conseguenze di fatto di un atto annullato previamente eseguito (propriamente *Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch*) e, dall'altra, consentire l'applicazione del § 888 *ZPO* in tema di attività infungibili (*nicht vertretbare Handlungen*)⁽²⁷⁴⁾ – a fronte dell'esplicito richiamo operato dal § 167/1 *VwGO* – a tutti i casi di inosservanza dell'obbligo di rendere una qualsiasi altra prestazione positiva non riconducibile al *Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch*⁽²⁷⁵⁾. In quest'ultimo caso, con conse-

⁽²⁷²⁾ Così, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 18. Si ritiene che il codice di giustizia amministrativa (*VwGO*) non contemplasse alcuna delle ipotesi in questione, a meno di non volere ritenere che il § 113/5 facesse rientrare nell'oggetto della *Verpflichtungsklage* non solo atti amministrativi, ma anche comportamenti; cfr. sul punto, K. A. BETTERMANN, *Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung*, in *NJW* 1960, 649.

⁽²⁷³⁾ Conviene ricordare che al di fuori dei rari casi in cui debba consistere nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, il (*Vollzugs*)*Folgenbeseitigungsanspruch* di cui al § 113/1 secondo alinea *VwGO*, assume, in ogni modo, la forma di una azione generale di prestazione (*allgemeine Leistungsklage*).

⁽²⁷⁴⁾ Ciò partendo dal presupposto – invero discutibile – che ogni attività della p.a. – sia essa provvedimento, sia essa materiale – sia un'attività o prestazione infungibile, in ragione della particolare veste del soggetto tenuto ad eseguirla.

⁽²⁷⁵⁾ R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 18 distingue fra l'istituto del *Vollzugsbeseitigungsanspruch* come disciplinato dal § 113/1 secondo alinea e il semplice *Folgenbeseitigungsanspruch*. La differenza risiederebbe nel fatto che il primo, riconducibile *expressis verbis* entro l'ambito di applicazione del § 172 *VwGO* sarebbe solamente una particolare forma del più generale *FBA* e farebbe esclusivo riferimento alla pretesa alla eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli discendenti dall'esecuzione di un atto amministrativo annullato, fatta valere contestualmente all'azione demolitoria. Tuttavia, come evidenziato da W. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörde, cit.*, 71, con il *FBA* possono essere anche attivate pretese all'eliminazione degli effetti materiali con-

guente applicazione di un'ammenda sino a cinquantamila marchi (ora venticinquemila Euro) e, quindi, in ipotesi, in una misura nettamente superiore al massimo stabilito dal § 172 *VwGO*.

Ulteriore anomalia cui darebbe luogo una lettura, per così dire, restrittiva del § 172 *VwGO*, sarebbe, poi, quella di determinare l'applicazione della penale, in un caso (§ 172 *VwGO*), nei confronti della pubblica amministrazione genericamente intesa e, nell'altro (§ 888 *ZPO*), personalmente nei confronti del dirigente responsabile⁽²⁷⁶⁾.

L'incoerenza della tesi qui criticata si manifesta, inoltre, in tutta la sua evidenza, nel momento in cui i suoi fautori si troverebbero costretti ad adattare il § 890 *ZPO* in tema di esecuzione forzata degli obblighi di non fare (o tollerare), sostituendo il limite massimo della sanzione pecuniaria (*Ordnungsgeld*) ivi previsto, di cinquecentomila marchi (oggi Euro duecentocinquantamila), con quello di duemila marchi (oggi Euro diecimila) di cui al § 172 *VwGO* e ad escludere l'applicabilità della misura dell'arresto (*Ordnungshaft*), in virtù del pregiudizio che essa sicuramente arrecherebbe alla funzionalità (*Funktionsfähigkeit*) della p.a., tanto più che il § 172 *VwGO* non fa ad esso riferimento alcuno⁽²⁷⁷⁾.

Né si ritiene convincente l'argomento secondo cui essendo lo *Zwangsgeld* inidoneo a garantire l'osservanza degli obblighi di non fare – in considerazione del fatto che laddove l'esercizio dell'attività inibita determini irrimediabilmente la definitiva violazione dell'obbligo, l'istituto di cui al § 172, quale mezzo di pressione psicologica nei confronti della p.a., non sarebbe in grado di spiegare alcun utile effetto – dovrebbe farsi necessariamente ricorso al § 890 *ZPO* in cui la penale (*Ordnungsgeld*) prevista assumerebbe un significato anche sanzionatorio⁽²⁷⁸⁾.

seguenti ad un atto amministrativo venuto meno per lo spirare del termine cui era sottoposto o, piuttosto, ad un atto materiale (*Realakt*) o ancora ad una mera dichiarazione (*Verwaltungsäußerung*) della p.a.; tutte ipotesi non riconducibili all'alveo applicativo del § 113/1 secondo alinea *VwGO*.

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. W. ZIEMMERLING, *Zur Problematik der Gliederkörperschaftsstreitigkeiten zwischen Studentenschaft und Hochschule*, in *DÖV* 1977, 278.

⁽²⁷⁷⁾ Così, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARßMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 18.

⁽²⁷⁸⁾ Che si tratti di sanzione simile ad una vera e propria pena pecuniaria è confermato in giurisprudenza da *BGH* 2.3.1983, in *NJW* 1983, 1859; *VGH Mannheim*, 10.5.1973, in *NJW* 1973, 1518. Si ritiene, in dottrina, che il c.d. *Ordnungsgeld* di cui al § 890 *ZPO* può essere applicato e portato ad esecuzione anche

Si osserva, infatti, che lo *Zwangsgeld* di cui al § 172 *VwGO* trae spunto dall'omologo strumento di cui alla legge federale sull'esecuzione amministrativa (*VwVG - Verwaltungsvollstreckungsgesetz*), come dimostrato anche dall'eguale ammontare della misura massima della penale.

Esso è concepito dal *VwVG* anche con riguardo all'inadempimento di obblighi di non fare⁽²⁷⁹⁾ e, a tal riguardo, l'ammenda potrebbe essere applicata e riscossa anche laddove – violato l'obbligo già una volta – un'ulteriore violazione non fosse più possibile per lo spirare del termine ovvero per la definitiva impossibilità di rispettarlo⁽²⁸⁰⁾.

Diversamente opinando, se il soggetto obbligato, attraverso l'inadempimento dell'obbligo di omettere una certa attività, potesse sottrarsi al pagamento della penale, la minaccia dello *Zwangsgeld* perderebbe la sua efficacia di mezzo di coazione psichica. Nell'esecuzione forzata degli obblighi di non fare il fondamento dell'applicazione e della successiva riscossione dell'ammenda, non risiede sempre nel fine di garantire l'osservanza *pro futuro* di concrete astensioni da parte del destinatario, bensì nel porre l'accento sulla serietà della minaccia, così da salvaguardare l'idoneità dello *Zwangsgeld* quale mezzo di coercizione indiretta⁽²⁸¹⁾.

Conclusivamente, la validità dell'interpretazione del § 172 *VwGO* così come offerta dall'orientamento in esame sarebbe confermata dal § 61/2 terzo alinea *VwVfG* (*Verwal-*

in quei casi in cui una ulteriore violazione dell'obbligo non sia più possibile per il definitivo spirare del termine entro il quale doveva essere osservato o per il suo definitivo inadempimento; così, fra gli altri, A. WETTLAUER, *Die Vollstreckung aus verwaltungs-, sozial- und finanzgerichtlichen Titeln zugunsten der öffentlichen Hand*, cit., 149: «Nur für das Ordnungsgeld ist der Aspekt des Verschuldens deshalb von Bedeutung, weil mit dieser Maßnahme nicht nur der Wille des Schuldners gebeugt werden soll, sondern sie auch "strafrechtliche Elemente" enthält».

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. § 11 *VwVG* ("Zwangsgeld"): «(1) Kann eine Handlung durch einen anderen nicht vorgenommen werden und hängt sie nur vom Willen des Pflichtigen ab, so kann der Pflichtige zur Vornahme der Handlung durch ein Zwangsgeld angehalten werden. Bei vertretbaren Handlungen kann es verhängt werden, wenn die Ersatzvornahme untunlich ist, besonders, wenn der Pflichtige außerstande ist, die Kosten zu tragen, die aus der Ausführung durch einen anderen entstehen. (2) Das Zwangsgeld ist auch zulässig, wenn der Pflichtige der Verpflichtung zuwiderhandelt, eine Handlung zu dulden oder zu unterlassen. (3) Die Höhe des Zwangsgeldes beträgt mindestens drei Deutsche Mark und höchstens zweitausend Deutsche Mark».

⁽²⁸⁰⁾ Secondo R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., n. 19, un tanto si ricaverebbe, fra l'altro, oltre che dal § 48/3 secondo alinea *ThürVwVZG* (*Thüringer Verwaltungszustellungs- und vollstreckungsgesetz*), dal § 37/4 secondo alinea *BayVwVZG* (*Bayrisches Verwaltungszustellungs- und vollstreckungsgesetz*): «(...)Ein angedrohtes und festgesetztes Zwangsgeld ist jedoch beizutreiben, wenn der Duldungs oder Unterlassungspflicht zuwidergehandelt worden ist, deren Erfüllung durch die Androhung des Zwangsgeld erreicht werden sollte (...)».

⁽²⁸¹⁾ *Ibidem*.

tungsverfahrensgesetz), nonché dal § 60/2 terzo alinea SGB X (*Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz*)⁽²⁸²⁾.

Le disposizioni che precedono, di identico tenore letterale⁽²⁸³⁾ e riguardanti i contratti di diritto pubblico, nei quali la pubblica amministrazione abbia accettato con propria dichiarazione vincolante l'esecuzione forzata immediata in caso di inadempimento, rimanda alla corrispondente applicazione del § 172 *VwGO* quale strumento di coercizione di ogni tipo di obblighi⁽²⁸⁴⁾.

2.2.2. *Segue: la tesi intermedia della parziale applicabilità delle misure esecutive del ZPO*

Un orientamento dottrinale, riconducibile ad un autore in particolare⁽²⁸⁵⁾, analizzando la possibilità di applicare la procedura *ex* § 172 *VwGO* anche all'esecuzione di una sentenza generale di condanna ad una prestazione positiva o negativa (*allgemeine Leistungsurteil*) contro la mano pubblica, perviene ad un risultato in parte simile a quello raggiunto dall'indirizzo precedentemente illustrato, seppur sulla base di un percorso argomentativo differente.

Le considerazioni da cui muove l'Autore inducono a ritenere applicabili, (analogicamente) solo in minima parte, le norme del codice di procedura civile in tema di esecuzione forzata, in ciò avvicinandosi la tesi in esame a quella "massimalista" della generalizzata applicabilità del § 172 *VwGO*.

⁽²⁸²⁾ Cfr. sempre R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARßMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 20 e C. CORRELL, *Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Vergleiche gegen Hoheitsträger*, in *NVwZ* 1998, 469 ss.

⁽²⁸³⁾ Il § 61/2 terzo alinea, rubricato "*Unterwerfung unter die sofortige vollstreckung*" recita: «*Richtet sich die Vollstreckung wegen der Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gegen eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2, so ist § 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden*». Del tutto speculare il § 60/2 terzo alinea SGB X.

⁽²⁸⁴⁾ Si tratta di una condizione necessaria per accordare a tale contratto la natura di titolo esecutivo. I contratti cui si fa riferimento sono quelli che tengono luogo di un provvedimento amministrativo (c.d. *subordinationsrechtliche Verträge* di cui al § 54 secondo alinea *VwVfG*); cfr. F. O. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Aufl., München, Beck, sub § 61, n. 3; M. VON WULFFEN, *SGB X*, 6. Aufl., München, 2008, sub § 60, n. 4.

⁽²⁸⁵⁾ W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden, cit.* 77 ss., autore di una prestigiosa monografia in tema di esecuzione coattiva indiretta delle pronunce del g.a.

Conviene anticipare, sin da ora, come l'indirizzo in parola sia rimasto minoritario in dottrina e non abbia ricevuto l'avallo della giurisprudenza.

Merita comunque di essere illustrato per l'autorevolezza della fonte da cui promana, oltre che per l'originalità delle conclusioni cui addiviene.

Ritiene, anzitutto, l'Autore che pur non essendo espressamente menzionata dal § 172 *VwGO* la generale sentenza di condanna ad una prestazione (*allgemeines Leistungsurteil*), un'applicazione analogica di tale norma potrebbe trovare ingresso solamente ove si volesse ritenere che il legislatore abbia voluto dettare, con la disposizione in questione, una regola di chiusura rispetto all'esecuzione forzata delle sentenze di condanna contro la pubblica autorità⁽²⁸⁶⁾.

Tuttavia, deporrebbe a sfavore di una siffatta soluzione, in particolar modo, il fatto che, essendo espressamente contemplate dal § 172 *VwGO* tre specifiche tipologie di provvedimenti giurisdizionali (*Folgenbeseitigungsurteile*, *Verpflichtungsurteile*, *einstweilige Anordnungen*), sarebbe più consono traguardare il precetto come norma tassativa, il cui ambito di applicazione non potrebbe essere esteso oltre le ipotesi ivi previste.

Un tanto, troverebbe conferma nella stessa sistemica dei §§ 167 ss. *VwGO*: il § 167/1 stabilisce, in particolare, la regola per cui in tema di esecuzione coattiva delle pronunce del g.a. emesse contro la pubblica amministrazione, troverebbero applicazione le corrispondenti norme del *ZPO*. E, se è vero che il richiamo alle disposizioni del codice di procedura civile si concretizza solo in relazione a ciò che non è disciplinato dal codice di giustizia amministrativa, non può che evincersi, *a contrariis*, come i titoli suscettibili di essere portati ad esecuzione secondo i dettami del *VwGO*, siano solamente quelli espressamente menzionati nelle sue disposizioni.

Pertanto, proprio il generale rinvio al codice di procedura civile contenuto nel § 167/1 *VwGO*, sarebbe di ostacolo ad un'applicazione analogica del § 172 nei termini anzidetti, dovendo quindi applicarsi le norme del *ZPO* all'esecuzione delle sentenze amministrative di condanna ad una prestazione genericamente intesa.

⁽²⁸⁶⁾ In questi termini anche H. VON BARBY, *Verwaltungsgerichtliche Klagen auf Rechtsetzung*, Diss. jur., Köln 1973, 143 ss.

Tale dottrina, peraltro, non trascura di esaminare e confutare le ragioni addotte a supporto di un'applicazione generalizzata del § 172 *VwGO* anche alle sentenze di condanna a rendere prestazioni positive o negative (*allgemeine Leistungsurteile*).

I sostenitori della tesi “massimalista” si rifanno – come illustrato – soprattutto al fondamento storico della norma ed al fatto che la misura dell'ammenda applicabile nell'ambito della procedura esecutiva, non poteva che essere necessariamente limitata, come in effetti è. Nell'esecuzione forzata contro la mano pubblica, qualunque sia il titolo esecutivo, è di gran lunga più significativo il fatto in sé dell'applicazione della penale rispetto all'entità del relativo ammontare.

Oltretutto – si osserva – la previsione di una misura eccessivamente elevata dello *Zwangsgeld*, si tradurrebbe in un'iniziativa ultronea ed irragionevole⁽²⁸⁷⁾.

Dunque, §§ 888 e 890 *ZPO* che fissano una penale (più precisamente *Zwangs* e *Ordnungsgeld*) la cui misura massima diverge da quella di cui al § 172 *VwGO* (duemila marchi prima dell'ingresso dell'Euro), non sarebbero, per ciò solo, applicabili alle sentenze amministrative di condanna a rendere un comportamento.

Tuttavia, secondo il pensiero dell'Autore, tali argomentazioni si infrangerebbero contro l'obiezione – a suo dire insuperabile – secondo cui il § 172 *VwGO* è una norma tassativa applicabile specificamente alle ipotesi ivi enunciate, come tale insuscettibile di applicazione analogica⁽²⁸⁸⁾. Tale assunto – si prosegue – non avrebbe potuto essere messo in discussione nemmeno muovendo dal fondamento storico delle norme del *VwGO* in punto di esecuzione.

Va, infatti, ricordato, come il legislatore, nel redigere il codice di giustizia amministrativa, avesse sostanzialmente recepito le indicazioni di Bachof⁽²⁸⁹⁾, il quale suggeriva di disciplinare mediante il richiamo alle norme del codice di rito – in particolare i §§ 888 e 890 *ZPO* – l'esecuzione forzata di tutte le sentenze amministrative di condanna emesse contro la pubblica autorità.

⁽²⁸⁷⁾ Cfr. G. RÖNNEBECK, *Klageformen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen*, Diss. jur., München 1968, 129.

⁽²⁸⁸⁾ E tale assunto sarebbe ulteriormente avvalorato dal § 167/1 *VwGO*, alla cui stregua la procedura di esecuzione si conforma, di regola, alle prescrizioni del codice di rito.

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., 169 ss.

Più nel dettaglio, ritenendo che tutte le decisioni giurisdizionali amministrative contenenti una dichiarazione d'obbligo rispetto ad un comportamento attivo o negativo, potessero essere messe in esecuzione nei confronti della mano pubblica, reputava applicabili anche nei riguardi della p.a. i §§ 888 e 890 *ZPO* in tema di esecuzione forzata fra privati. La medesima disciplina prevista dal codice di rito avrebbe dovuto investire, sia il *Verpflichtungsurteil*, quale sentenza sul provvedimento, che la sentenza generale di prestazione (*allgemeines Leistungsurteil*).

Quindi, secondo l'impostazione in esame, il legislatore, nel momento in cui ha operato, al § 167/1 *VwGO*, un esplicito rinvio alla disciplina dell'esecuzione forzata del *ZPO*, ha sostanzialmente recepito quanto poc' anzi esposto, salvo poi elaborare quel particolare meccanismo di coercizione indiretta per l'esecuzione delle sentenze relative alla *Verpflichtungsklage*, scandito dalle fasi della minaccia, applicazione ed esecuzione d'ufficio di una penalità di mora (§ 172 *VwGO*).

Dunque, il fondamento storico della norma in questione - come appena delineato - costituirebbe un ulteriore argomento, ma a sfavore dell'applicazione del § 172 *VwGO* alle *allgemeine Leistungsurteile*⁽²⁹⁰⁾.

Da ultimo, si ritiene non convincente - nel senso della generalizzata applicazione del § 172 *VwGO* - l'argomentazione secondo cui essendo lo *Zwangsgeld* limitato alla misura massima di duemila marchi (oggi Euro diecimila), bisognerebbe giocoforza applicare tale disposizione anche all'esecuzione forzata delle sentenze di condanna ad una prestazione genericamente intesa.

Questo argomento è stato, infatti, superato, laddove anche i §§ 888 e 890 *ZPO* - *medio tempore* modificati - hanno previsto una penale (*Zwangs* e *Ordnungsgeld*) limitata nel massimo, rispettivamente a cinquantamila e cinquecentomila marchi (oggi, venticinquemila e duecentocinquantamila Euro).

⁽²⁹⁰⁾ Per questo motivo non si potrebbe nemmeno sostenere la generalizzata applicazione del § 172 *VwGO* alle generali sentenze amministrative di condanna ad una prestazione, dal momento che le *einstweilige Anordnungen* - provvedimenti provvisori emessi a disciplina provvisoria del rapporto controverso - sarebbero anch'esse coattivamente eseguibili ai sensi del § 172 *VwGO*. Infatti proprio il fondamento storico della norma dimostra come lo *Zwangsgeld* sia direttamente applicabile solo a quelle misure interinali relative ad una vertenza in cui la questione principale sia imperniata sulla pretesa al rilascio di un titolo (*Verpflichtungsklage*).

Se è pur vero che siffatte disposizioni ammettono – in raffronto al disposto di cui al § 172 *VwGO* – l’irrogazione di un’ammenda di gran lunga superiore è, altresì, vero che tale circostanza non consente di richiamare in sede di esecuzione coattiva delle *allgemeine Leistungsurteile*, la norma sullo *Zwangsgeld* contenuta nella legge sul processo amministrativo.

Il limite di duemila marchi ivi originariamente fissato, non è stato sperimentato con successo nella prassi, atteso che – diversamente da quanto opinato dalla dottrina “massimalista” – la decisione dell’amministrazione di dare seguito alla pronuncia giurisdizionale a lei sfavorevole, avrebbe potuto essere efficacemente influenzata solo davanti alla minaccia di una penale di rilevante entità.

Tant’è vero – si ricorda – che già da più parti si era invocata l’eliminazione di un tetto massimo all’ammontare dell’ammenda o, piuttosto, l’innalzamento della sua soglia e che in tal senso si era determinato il legislatore nel (nuovo) progetto di legge sul processo amministrativo (*EvwPO*) in cui si prevedeva al § 200 – quale norma omologa rispetto al § 172 *VwGO* – la possibilità di irrogare lo *Zwangsgeld* sino a cinquecentomila marchi⁽²⁹¹⁾.

Tutto ciò premesso, in linea generale, in ordine alla inapplicabilità, per analogia, della norma di cui al § 172 *VwGO*, l’Autore si sofferma a verificare la compatibilità delle misure esecutive previste dal codice di rito rispetto all’esecuzione forzata delle generali sentenze di condanna ad una prestazione nei confronti della pubblica autorità.

In considerazione del fatto che il richiamo al *ZPO* contenuto nella citata disposizione, deve essere letto unicamente in relazione alle pronunce che ingiungano all’amministrazione un *facere* o un *non facere*, dovrebbe concludersi in via di prima approssimazione per l’applicabilità delle sole norme di cui alla terza sezione dell’ottavo libro del codice di rito.

⁽²⁹¹⁾ Così sempre W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, cit., 80 note 47 e 81.

Ciò nonostante - si avverte – occorre por mente al fatto che la pubblica amministrazione non è un debitore qualunque, per cui potranno-dovranno ritenersi applicabili solamente quelle norme che appaiano compatibili con la veste pubblicistica della parte⁽²⁹²⁾.

Se ciascuna amministrazione pubblica viene considerata alla stregua di un soggetto privato nel momento in cui si assume – sotto la spinta del principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 19/4 GG) – che una sentenza amministrativa di condanna possa essere portata ad esecuzione coattiva anche nei suoi confronti, d'altra parte non va dimenticato che l'incidenza di tale fondamentale canone, non può arrivare sino al punto di consentire l'equiparazione di un soggetto pubblico ad uno privato, anche per quel che attiene alle concrete modalità di attuazione delle misure di esecuzione forzata.

Nell'ambito del procedimento esecutivo attivato contro l'autorità deve essere, infatti, salvaguardato l'esercizio della funzione pubblica di cui la stessa è investita, in modo tale che l'interesse del cittadino a veder concretamente realizzata la propria legittima pretesa, ad onta della mancata spontanea attivazione della controparte, non pregiudichi le prerogative dell'amministrazione e, quindi, la concreta cura degli interessi di cui è portatrice⁽²⁹³⁾.

Di conseguenza, non saranno certamente applicabili quelle disposizioni processual-civilistiche che non tengano adeguatamente in considerazione la particolare veste della pubblica autorità.

Fra queste dovrebbe rientrare – secondo la dottrina in parola – il § 887 ZPO relativo all'esecuzione coattiva di prestazioni fungibili (“*Vetretbare Handlungen*”), cioè attività che ben potrebbero essere eseguite anche da un terzo in luogo del debitore⁽²⁹⁴⁾.

Si osserva che la prestazione cui venga condannata l'amministrazione con sentenza del g.a., non possa essere considerata fungibile nei termini di cui al § 887 ZPO, bensì debba essere ritenuta sempre infungibile. Si tratta, infatti, di attività che non potrebbe che esse-

⁽²⁹²⁾ Cfr. sul punto anche *BVerwG* 26.8.1963, in *NJW* 1963 2042; *OVG Bremen* 13.9.1967, in *NJW* 1967, 2222.

⁽²⁹³⁾ Così O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., 165.

⁽²⁹⁴⁾ La procedura in questione si concretizza – secondo una disciplina non dissimile da quella del nostro diritto interno – nell'autorizzazione al creditore istante ad ottenere da un terzo ed a spese del debitore esecutato, l'esecuzione della prestazione rimasta inadempita.

re realizzata da quella determinata autorità secondo la competenza a lei attribuita *ope legis*.

Un tanto dovrebbe valere non solo allorché si verta in tema di rilascio di un dato provvedimento, ma anche quando la p.a. debba rendere una prestazione estrinsecantesi in un *facere*⁽²⁹⁵⁾.

Altresì controversa appare l'applicabilità dei §§ 883-886 ZPO⁽²⁹⁶⁾.

Si tratta di disposizioni che, se del caso, dovrebbero trovare applicazione nell'ipotesi in cui la p.a. non ottemperi ad una sentenza di condanna alla consegna di un determinato bene mobile o immobile o di una certa quantità di cose fungibili.

Quindi, nella misura in cui una sentenza debba essere portata ad esecuzione secondo le regole di cui ai §§ 883 ss. ZPO, il creditore potrebbe rivolgersi all'ufficiale giudiziario, affinché si sostituisca all'autorità inottemperante sottraendo d'imperio il bene indicato nel titolo esecutivo.

Tuttavia, si è argomentato contro l'applicabilità delle predette norme all'esecuzione di una sentenza amministrativa di condanna a restituire di un certo bene, nel senso che tali disposizioni presupporrebbero la natura fungibile dell'attività di rilascio della *res*, laddove tale attività, qualora imposta *ope iudicis* ad una pubblica amministrazione, non si concretizzerebbe più in un fare fungibile⁽²⁹⁷⁾.

Questa impostazione – secondo l'Autore – si rivela corretta nelle conclusioni ma non nelle premesse. È sicuramente vero – si sostiene – che l'attività di una p.a. avente ad oggetto il rilascio di una cosa mobile piuttosto che immobile, si estrinsechi in una presta-

⁽²⁹⁵⁾ In questi termini si esprime l'opinione dominante: O. BACHOF, *Diue verwaltungsgerichtliche Klage*, cit. 163; H. HEGEL, *Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen*, in *Verwaltungs und Wirtschaft*, 29, Stuttgart 1963, 105; K. PLATZ, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile*, Diss. jur., Mainz 1958, 100; G. RÖNNEBECK, *Klageformen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen*, cit. 128; H. H. RUPP, *Gelöste und ungelöste Probleme*, in *AÖR*, 85, 336; R. SCHWEICKHARDT, *Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß*, in *DÖV* 1965, 803. Di diverso avviso *OVG Hamburg*, 27.9.1977, in *NJW* 1978, 685.

⁽²⁹⁶⁾ I §§ da 883 a 886 ZPO disciplinano rispettivamente e nell'ordine, l'esecuzione forzata di un obbligo di consegna di beni mobili determinati, di una certa quantità di cose fungibili, di beni immobili e natanti, di beni nella disponibilità di un terzo.

⁽²⁹⁷⁾ Così H. HEGEL, *Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen*, cit., 105.

zione infungibile, perché di pertinenza, si ritiene, solo di quell'autorità secondo la competenza a lei legislativamente attribuita.

Bisognerebbe, però, chiedersi se effettivamente i §§ 883 ss. *ZPO* implicino la natura fungibile dell'attività di riconsegna di un dato bene o di una certa quantità di cose.

Ebbene, il criterio unanimemente accettato in dottrina per ritenere fungibile una determinata prestazione risiede nella verifica della circostanza secondo cui per il creditore sarebbe giuridicamente ed economicamente indifferente che essa venga eseguita dal debitore piuttosto che dal terzo. Ma questa condizione, si ritiene, non sarebbe rispettata nel momento in cui taluno venga condannato a restituire una certa cosa, atteso che un tale incombenza potrebbe essere svolto solo dal debitore e non da un soggetto terzo. E le norme di cui ai §§ 883 e ss. *ZPO* dovrebbero essere lette in quest'ottica.

Quando l'ufficiale giudiziario sottrae il bene in questione al debitore inadempiente e lo consegna al creditore, egli esegue un'attività non già come terzo in sostituzione dell'esecutato, bensì come organo dell'esecuzione.

Inoltre, se l'intenzione del legislatore fosse stata effettivamente quella di considerare l'esecuzione forzata di un obbligo di riconsegna alla stregua dell'esecuzione di un qualunque obbligo di fare fungibile, non vi sarebbe stata alcuna necessità di prevedere un'apposita norma, qual è quella di cui al § 883 *ZPO*: sarebbe bastata quella di cui al § 887 *ZPO* in tema, appunto, di prestazioni fungibili.

Se, come pare, deve escludersi, nella prospettiva dei §§ 883 e ss. del codice di rito, la fungibilità dell'attività di rilascio, non può conseguentemente ritenersi un valido argomento contro l'applicabilità dei §§ 883 ss. *ZPO*, il fatto che l'attività, anche materiale, della pubblica amministrazione sia sempre infungibile.

L'Autore introduce, quindi, ulteriori argomenti che porterebbero ad escludere l'applicazione – questa volta diretta – delle citate disposizioni processual-civilistiche.

In primo luogo, punta l'attenzione sul § 170 *VwGO* in ordine all'esecuzione di crediti pecuniari contro la mano pubblica, in particolare sul comma secondo della norma in parola. Essa condiziona l'attuazione della concreta misura esecutiva, alla preventiva diffi-

da effettuata dal tribunale di prima istanza (quale giudice dell'esecuzione) nei confronti della p.a, di ottemperare al *dictum* giurisdizionale entro il termine massimo di un mese.

Tuttavia, nemmeno nel caso di mancato rispetto dell'intimazione a dare esecuzione alla sentenza, potrebbe darsi immediato seguito al meccanismo di esecuzione coattiva, essendo indispensabile un ulteriore provvedimento del giudice dell'esecuzione in cui si indichi esattamente la misura all'uopo concretamente applicabile⁽²⁹⁸⁾.

Senonché, una regola del tutto speculare è contenuta nel § 882a comma primo ZPO (*“Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung”*) sull'esecuzione forzata di un credito pecuniario nei confronti della pubblica amministrazione, consacrato in una sentenza del giudice ordinario.

In questa ipotesi, la procedura esecutiva non potrebbe essere iniziata prima che siano trascorse quattro settimane dall'atto di diffida⁽²⁹⁹⁾.

Analogamente, ottenuta una statuizione di condanna della p.a. ai sensi dei §§ 113/1 secondo alinea, 113/5 e 123 VwGO, il titolo non può essere portato immediatamente ad esecuzione tramite lo *Zwangsgeld*, se il giudice non abbia prima accertato che l'autorità non ha dato seguito alla pronuncia nel lasso di tempo intercorso fra il giudicato e l'attivazione della procedura esecutiva, né entro un successivo termine determinato con apposito provvedimento, contestualmente alla minaccia di ammenda.

Solamente una volta spirato questo secondo termine, potrà essere applicato ed eventualmente riscosso in via coattiva lo *Zwangsgeld* (§ 172 VwGO).

Da quanto appena illustrato si può, pertanto, ricavare come il legislatore del VwGO abbia concepito un sistema di esecuzione mediata contro la p.a., in cui la misura

⁽²⁹⁸⁾ «Das Gericht hat vor Erlaß der Vollstreckungsverfügung die Behörde oder bei Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, gegen die vollstreckt werden soll, die gesetzlichen Vertreter von der beabsichtigten Vollstreckung zu benachrichtigen mit der Aufforderung, die Vollstreckung innerhalb einer vom Gericht zu bemessenden Frist abzuwenden. Die Frist darf einen Monat nicht übersteigen».

⁽²⁹⁹⁾ «Die Zwangsvollstreckung gegen den Bund oder ein Land wegen einer Geldforderung darf, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden, erst vier Wochen nach dem Zeitpunkt beginnen, in dem der Gläubiger seine Absicht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, der zur Vertretung des Schuldners berufenen Behörde verwaltetes Vermögen erfolgen soll, auch dem zuständigen Minister der Finanzen angezeigt hat. Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige zu bescheinigen. Soweit in solchen Fällen die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen hat, ist der Gerichtsvollzieher auf Antrag des Gläubiger vom Vollstreckungsgericht zu bestimmen».

dell'ammenda ivi prevista può essere concretamente applicata ed officiosamente portata ad esecuzione solo dopo il decorso del termine giudizialmente fissato⁽³⁰⁰⁾.

Il meccanismo così delineato presuppone, invero, la debita considerazione della peculiare veste pubblicistica del soggetto esecutato, non dirigendosi il procedimento esecutivo verso un soggetto di diritto privato⁽³⁰¹⁾.

Parallelamente, questa peculiare visione dello Stato quale soggetto sottoposto ad esecuzione forzata, che permea i §§ 170 e 172 *VwGO*, così come il § 882a *ZPO*, non può essere obliterata nemmeno laddove si tratti di una sentenza di condanna riconducibile al novero delle "*allgemeine Leistungsurteile*", eseguibile secondo i crismi del codice di procedura civile, in forza del rinvio contenuto nel § 167/1 *VwGO*.

In tale logica deve, infatti, porsi mente alla circostanza per cui la riserva predetta, va nella direzione di una applicazione delle prescrizioni del codice di rito, compatibilmente con le caratteristiche del soggetto esecutato quale esercente un pubblico potere.

Ma la compatibilità dei §§ 883 e ss. *ZPO* sull'esecuzione coattiva degli obblighi di consegna di cose mobili ed immobili dovrebbe escludersi proprio in ragione della mancata implicita considerazione da parte delle norme medesime, della peculiare veste del debitore-pubblica amministrazione, evincibile dalla mancata previsione di un termine entro il quale poter ancora provvedere spontaneamente all'attuazione della pronuncia, nonché della espressa concessione della misura esecutiva attraverso un apposito provvedimento giudiziale.

Né, secondo la dottrina di cui si tratta, sarebbe consentito pervenire a diversa conclusione, ritenendo che anche nell'ambito dell'esecuzione delle sentenze amministrative di condanna alla restituzione di un certo bene, il tribunale quale giudice dell'esecuzione debba, in virtù di una parziale applicazione analogica del § 170/2 *VwGO*, fissare preventivamente un termine di adempimento per consentire all'amministrazione di sottrarsi alla procedura esecutiva e, nel caso di ulteriore insuccesso, analogamente al § 170/1 *VwGO*, disporre con ordinanza le misure ai sensi dei §§ 883 ss. *ZPO* chiedendo

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. *BVerwG*, 30.12.1968, in *NJW* 1969, 476; *VGH Mannheim*, 14.5.1992, in *NVwZ-RR* 1993, 447; F.O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172*, n. 5.

⁽³⁰¹⁾ Cfr., sul punto, P. SCHMIDT, in E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub 170*, n. 4.

all'ufficiale giudiziario competente di prelevare coattivamente il bene indicato nel titolo esecutivo o, comunque, di immetterne il privato nel relativo possesso.

Non ci si avvede – rileva l'Autore – di come la riconsegna del bene di cui alla sentenza amministrativa di condanna metta capo ad una attività amministrativa, esclusivo appannaggio dell'autorità competente. Né, parimenti, ci si avvede di come, contestualmente, l'ufficiale giudiziario, quale organo dell'esecuzione, sia del tutto privo della legittimazione a surrogarsi, in tal senso, all'autorità pubblica, essendo sfornito del potere di avvalersi dei mezzi impiegati da quest'ultima nell'esercizio della funzione amministrativa⁽³⁰²⁾.

Pur non essendo in discussione il fatto che anche l'ufficiale giudiziario agisca nell'esercizio dei propri compiti istituzionali, non è, altresì, revocabile in dubbio che lo stesso non sia legittimato a porre in essere coattivamente da sé medesimo un'attività – qual è quella di restituzione di un bene nella disponibilità della p.a. eseguita – in modo tale da ingerirsi nella sfera di attribuzioni riservata alla medesima.

Esemplificativamente, in ossequio al disposto di cui al § 170/3 *VwGO* l'ufficiale giudiziario se ben potrà, in singoli casi, pignorare cose appartenenti all'amministrazione, non potrà contestualmente disporre di quei beni del patrimonio pubblico che risultino essenziali allo svolgimento della funzione amministrativa o alla cui espropriazione sia comunque di ostacolo un pubblico interesse⁽³⁰³⁾.

In definitiva, conclude l'Autore, i §§ 883 e ss. *ZPO* non sarebbero suscettibili di applicazione diretta né, tantomeno, analogica, mentre, diversamente dalle disposizioni del *ZPO* passate sin qui in rassegna, non vi sarebbero, per converso, soverchi dubbi in ordine all'applicabilità dei §§ 888 e 890 *ZPO*⁽³⁰⁴⁾.

⁽³⁰²⁾ Così, espressamente, W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, cit., 86: «Der Gerichtsvollzieher kann auch als Vollstreckungsorgan eine solche Verwaltungshandlung nicht vornehmen, da ihm die Verfügungsgewalt über die Verwaltungsmittel des zuständigen Verwaltungsträgers fehlt»; in termini, R. SCHWEICKHARDT, *Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt* cit., 803.

⁽³⁰³⁾ «Die Vollstreckung ist unzulässig in Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich sind oder deren Veräußerung ein öffentliches Interesse entgegensteht». Precisa, W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, cit., 87 come l'esecuzione forzata secondo il § 170 *VwGO* possa essenzialmente colpire quei beni destinati all'esercizio delle funzioni tributarie proprie del soggetto pubblico esecutato.

⁽³⁰⁴⁾ Già si è visto come i §§ 888 e 890 *ZPO* disciplinino rispettivamente l'esecuzione forzata degli obblighi di fare infungibili e di non fare (omettere e tollerare). Secondo l'impostazione seguita da BANK, il § 888 dovrebbe applicarsi anche all'esecuzione forzata di una sentenza amministrativa di condanna al rilascio di

Si tratta, in primo luogo, di norme che stabiliscono conformemente ai §§ 170 e 172 *VwGO* la concreta attuazione delle rispettive misure esecutive mercé ordinanza del giudice dell'esecuzione dopo apposita audizione del debitore esecutato⁽³⁰⁵⁾.

Ciò detto, occorre domandarsi se tali disposizioni possano o meno trovare integrale applicazione, in considerazione del fatto che oltre ad una penale di importo nettamente superiore nel massimo (rispettivamente venticinquemila e duecentocinquantamila Euro) a quello fissato nel § 172 *VwGO* (diecimila Euro), esse contemplano in aggiunta – per il caso di impossibilità di riscuoterla – la misura dell'arresto (rispettivamente *Zwangshaft e Ordnungshaft*).

Sotto il primo profilo, non vi sono dubbi in ordine all'applicabilità dell'ammenda di cui ai §§ 888 e 890 *ZPO* in sede di esecuzione forzata di una sentenza generale di prestazione, rispecchiando essa la medesima natura di quella recepita dal codice di giustizia amministrativa⁽³⁰⁶⁾.

Sotto altra angolazione, appare, invece, assai dubbia l'applicabilità dei §§ 888 e 890 *ZPO* nella parte in cui comminano la sanzione dell'arresto al debitore, non foss'altro per il fatto che, di regola, la sentenza generale di condanna ad una prestazione (*allgemeines Leistungsurteil*) non viene emessa nei confronti del singolo funzionario pubblico, bensì nei confronti della pubblica autorità da cui il funzionario dipende, mentre la misura

un bene nella disponibilità della p.a., attesa la natura infungibile, e non surrogabile attraverso l'ufficiale giudiziario, dell'attività amministrativa di riconsegna della *res*.

⁽³⁰⁵⁾ Il § 891 *ZPO* ("*Verfahren; Anhörung des Schuldners; Kostenentscheidung*") prevede espressamente che, prima di ogni provvedimento del giudice dell'esecuzione ai sensi dei §§ da 887 a 890 *ZPO*, debba essere sentito il debitore: «*Die nach den §§ 887 bis 890 zu erlassenden Entscheidungen ergehen durch Beschluss. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören (...)*». Per quanto riguarda il procedimento relativo alla minaccia, irrogazione e riscossione dello *Zwangsgeld*, ancorché il § 172 *VwGO* ometta alcun riferimento alla preventiva audizione della p.a. eseguita, si ritiene che essa sia in ogni modo necessaria, in applicazione proprio del § 891 *ZPO* a fronte del rinvio alle norme del codice di rito disposto dal § 167/1 *VwGO* per quanto ivi non espressamente disciplinato; così, implicitamente, fra le altre, *BVerwG*, 30.8.1985 (*München*), in *NJW* 1986, 1125, nella parte in cui afferma che i provvedimenti emessi in sede di procedura esecutiva contro una pubblica amministrazione devono assumere la veste dell'ordinanza ai sensi del combinato disposto del § 167/1 *VwGO* con il § 891 *ZPO*.

⁽³⁰⁶⁾ Cfr. *OVG Münster* 12.12.1973, in *NJW* 1974, 918.

dell'arresto non potrebbe che essere eseguita per la sua stessa natura contro una persona fisica⁽³⁰⁷⁾.

Un problema analogo si pone, peraltro, nel caso in cui debba essere eseguita coattivamente una sentenza ai sensi dei §§ 888, 890 *ZPO*, emessa contro una persona giuridica di diritto privato o un'associazione di persone processualmente capace.

L'orientamento dominante ritiene che in tal caso la misura dell'arresto verrà eseguita nei confronti del suo legale rappresentante⁽³⁰⁸⁾. Conformemente, dovrebbe pensarsi che laddove si tratti di dare esecuzione ad una sentenza pronunciata contro la pubblica amministrazione, la medesima misura esecutiva possa essere disposta nei riguardi del titolare dell'organo esterno dell'amministrazione soccombente⁽³⁰⁹⁾.

Una siffatta impostazione si rivela, tuttavia, a parere dell'Autore, inconciliabile con la peculiare posizione dell'esecutato, quale soggetto detentore di un pubblico potere. Difatti, allorché dovesse essere irrogata la misura dell'arresto nei confronti del dirigente responsabile dell'amministrazione soccombente, verrebbe privato l'ente del suo organo attivo, cioè del soggetto competente ad emanare atti a rilevanza esterna. In questo modo, verrebbe inevitabilmente pregiudicato lo svolgimento dei compiti istituzionali del soggetto pubblico di riferimento⁽³¹⁰⁾.

Conclusivamente, la tesi intermedia così come elaborata dalla dottrina in esame, pur giungendo ad escludere l'incondizionata applicazione del § 172 *VwGO* a qualsivoglia

⁽³⁰⁷⁾ Osserva W. J. BANK, *Vollstreckung gegen Behörden*, cit., 89 come eccezionalmente la sentenza amministrativa di condanna possa essere pronunciata nei confronti di una persona fisica, ad esempio quando parte del rapporto controverso sia un concessionario di servizi pubblici. In ogni caso, sull'inapplicabilità dell'arresto alle persone giuridiche di diritto pubblico, cfr. *VGH Mannheim*, 12.1.1995, in *NVwZ-RR* 1995, 619.

⁽³⁰⁸⁾ In tal senso, A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 67 Aufl., München, 2009, sub § 888, n. 18.

⁽³⁰⁹⁾ In questi termini, fra gli altri, O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage*, cit., 165, 170.

⁽³¹⁰⁾ Così, W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, cit., 89-90. Conviene, ad ogni modo, aggiungere che la misura dell'arresto sembrerebbe impraticabile per un'ulteriore decisiva ragione e, cioè, per il fatto che essendo sussidiaria rispetto alla principale misura dello *Zwangsgeld* (o *Ordnungsgeld*), essa potrebbe trovare applicazione – così, nella sostanza – per il solo caso di insolvenza del debitore esecutato, dovendo interpretarsi in questi termini la locuzione presente nei §§ 888 e 890 «für den Fall dass dieses (Zwangsgeld) nicht beigetrieben werden kann». Ma a ben vedere, se è vero che la p.a. è per definizione soggetto sempre solvibile (*fiscus semper idoneus successor sit et solvendo*) diversamente da qualsiasi altro debitore, prima ancora che inapplicabile per ragioni legate alla natura di siffatta misura ed alla sua compatibilità con la natura pubblicistica dell'esecutato, l'arresto dovrebbe ritenersi, per ciò solo, di impossibile attuazione pratica.

statuizione di condanna pronunciata dal g.a. nei confronti dell'amministrazione, quindi non solo a decisioni sul provvedimento, ritiene applicabili solo in minima parte le disposizioni del *ZPO* e, specificamente, i soli §§ 888 e 890 *ZPO*, peraltro adattati alla particolare veste dell'autorità pubblica.

Sarebbero, in definitiva, queste le norme da applicare alle ipotesi, non espressamente contemplate dal § 172 *VwGO*, di "*allgemeine Leistungsurteile*" aventi ad oggetto una condanna ad un dare, fare o non fare, quest'ultimo declinato più precisamente negli obblighi di omettere o tollerare ("*Unterlassungen und Duldungen*"), con salvezza, oltretutto, dell'ammenda nella sua diversa e più elevata misura massima e con l'esclusione dell'arresto ("*Zwangs und Ordnungshaft*").

2.2.3. *Segue: critiche alla tesi intermedia*

L'impostazione che precede, per quanto ampiamente argomentata, sembra, difettare, già nelle premesse, di una base di effettiva coerenza.

Suscita non poche perplessità la ritenuta applicazione del § 172 *VwGO* alle ipotesi di (*Vollzugs*)*Folgenbeseitigungsurteile* ex § 113/1 secondo alinea *VwGO*, anche laddove le stesse si estrinsechino nella condanna a rendere comportamenti⁽³¹¹⁾.

Esse dovrebbero, infatti, essere ricondotte, nella misura in cui hanno ad oggetto attività non provvedimentali, alla categoria delle *allgemeine Leistungsurteile*, condividendone natura e forma.

La tesi, definita intermedia, propende, tuttavia, per l'applicabilità delle citate disposizioni del codice di procedura civile (§§ 888 e 890 *ZPO*) alle sole sentenze di condanna ad una prestazione positiva o negativa che non siano collegate ad una pronuncia di annullamento nei termini di cui al § 113/1 secondo alinea *VwGO*⁽³¹²⁾.

⁽³¹¹⁾ V., ancora, W. J. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, cit., 70, 71.

⁽³¹²⁾ Come si è già ricordato, la pretesa del privato di ottenere la condanna dell'amministrazione ad eliminare le conseguenze di fatto dell'avvenuta esecuzione di un atto su cui è sceso un giudicato di annullamento, ove sia diretta a conseguire non già il rilascio di un provvedimento amministrativo all'uopo, ma il compimento di un'attività materiale, assumerà la forma di una *allgemeine Leistungsklage*.

Ma, allora, accedendo alla tesi c.d. intermedia, si ha la paradossale conseguenza di sottoporre il *Folgenbeseitigungsurteil* – ancorché appartenente alla categoria delle generali sentenze di condanna a rendere una prestazione – ad una sorta di statuto speciale, facendo dipendere in tal modo l'applicazione del § 172 *VwGO* piuttosto che dei §§ 888 e 890 del codice di rito, da ragioni di connessione processuale e, cioè, dal fatto di avere o meno il ricorrente cumulato alla domanda di annullamento la pretesa alla rimozione degli effetti materiali dell'esecuzione di un atto illegittimo.

Non si tiene, inoltre, conto del fatto che secondo la chiara volontà del legislatore del *VwGO*, il § 172 doveva garantire, in ogni caso, l'esecuzione delle sole pronunce con le quali si ordinava alla pubblica amministrazione l'emissione di atti amministrativi⁽³¹³⁾ e il (*Vollzugs*)*Folgenbeseitigungsurteil* veniva considerato come una particolare ipotesi di *Verpflichtungsurteil*⁽³¹⁴⁾.

Pertanto, il rinvio del § 172 al § 113/1 secondo alinea *VwGO*, come già illustrato, dovrebbe indurre – nel rispetto della *voluntas legis* – a ritenere applicabile lo *Zwangsgeld* alla fattispecie in cui il tribunale, in accoglimento della pretesa del ricorrente alla eliminazione delle conseguenze dell'avvenuta esecuzione dell'atto annullato, condanni l'autorità ad emanare un provvedimento amministrativo⁽³¹⁵⁾.

In ultima analisi, l'indirizzo in questione, non convince allorché ritiene inapplicabili le norme del *ZPO* sull'esecuzione forzata degli obblighi di restituzione di un bene (§§ 883 ss. *ZPO*), in ragione del fatto che esse omettono di tenere nella debita considerazione la particolare veste della p.a. quale soggetto esecutato, trascurando di prevedere espressamente un termine entro il quale la p.a., eseguendo la decisione del g.a., possa an-

⁽³¹³⁾ Cfr. *BT-Drs.* III/55, 49.

⁽³¹⁴⁾ *Ivi*, 43: «Bei dem Antrag, die Behörde zur Rückgängigmachung zu verurteilen, handelt es sich sachlich um eine Verpflichtungsklage, die sich an die Anfechtungsklage anzuschließen hätte, da erst mit der Rechtskraft des stattgebenden Anfechtungsurteils der Anspruch auf Rückgängigmachung des Vollzugs entsteht; aus prozessökonomischen Gründen soll hierüber aber bereits im Rahmen des Anfechtungsprozesses mitentschieden werden».

⁽³¹⁵⁾ Si tratterebbe, in ogni modo di ipotesi non del tutto infrequente, se si considerano in particolare i casi di un atto c.d. ad effetto doppio, recante un pregiudizio al ricorrente ed un beneficio ad un terzo, ricorrenti nelle controversie in materia di rapporti di vicinato. In siffatte situazioni, l'eventuale rimozione dell'esecuzione dell'atto annullato da parte della pubblica amministrazione non potrebbe che avvenire attraverso l'emissione di un provvedimento nei confronti del terzo controinteressato, per esempio un ordine di eliminare le opere eseguite in base all'atto caducato.

cora sottrarsi alla procedura esecutiva, ovvero di stabilire che la concreta misura di coazione venga disposta con provvedimento del giudice dell'esecuzione.

Bisogna però ricordare che il § 167/1 *VwGO* rinvia alle norme del codice di rito, per quanto non diversamente disposto da quelle sulla giustizia amministrativa.

A tale stregua, il § 172 *VwGO*, condiziona espressamente la legittimità della procedura relativa allo *Zwangsgeld* alla fissazione, con la preliminare diffida, di un termine entro il quale eseguire il giudicato.

Se è vero che la disposizione predetta attiene specificamente all'esecuzione forzata delle decisioni giurisdizionali amministrative aventi ad oggetto la condanna ad emanare un provvedimento è, altresì, vero che la medesima norma viene presa, dalla dottrina in esame, quale parametro normativo di riferimento, cui uniformarsi, quando si tratta di adattare i §§ 888 e 890 *ZPO* alle peculiarità della pubblica amministrazione, quale soggetto sottoposto all'esecuzione forzata di una sentenza di condanna ad una prestazione genericamente intesa, escludendo l'applicabilità dell'arresto ivi previsto.

Ad ulteriore conferma dell'interazione, cui sovente si assiste nella prassi, fra norme del *VwGO* e norme del *ZPO* in tema di esecuzione coattiva di sentenze amministrative, può ricordarsi come, seppure il § 172 *VwGO* non preveda espressamente la necessità di sentire il debitore prima dell'emissione del provvedimento di diffida ad adempiere entro un certo termine, nessuno abbia mai dubitato che ciò debba sempre avvenire, in ossequio a quanto disposto dal § 891 *ZPO* in ordine all'esecuzione degli obblighi di fare infungibili e di non fare.

Inoltre, lo stesso § 888/2 *ZPO* esclude espressamente, contrariamente al § 172 *VwGO*, la necessità di una previa diffida ad adempiere con contestuale minaccia avente ad oggetto l'applicazione della misura esecutiva ivi prevista (*“Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt”*).

Eppure, l'orientamento intermedio, che non dubita dell'applicabilità del § 888 *ZPO* – salvo l'arresto – a tutti i casi in cui l'autorità debba rendere un comportamento positivo, ritiene, per contro, non applicabili i §§ 883 ss. *ZPO* sull'esecuzione forzata degli obblighi di consegna e rilascio, adducendo che essi, omettendo di prevedere un termine che

consenta alla p.a. di sottrarsi definitivamente alla procedura esecutiva, non sono compatibili con il particolare ruolo della p.a. quale soggetto esecutato.

Non paiono, pertanto, esservi ostacoli ad un'applicazione delle norme processual-civilistiche sull'esecuzione forzata degli obblighi di consegna di un bene nella disponibilità della p.a., considerando che le stesse andrebbero applicate per quanto non diversamente disciplinato dal *VwGO*. Nella fattispecie, può affermarsi che la diversa disciplina sia rappresentata dalla previsione di quegli ulteriori passaggi procedurali, prodromici alla concreta attuazione della misura coercitiva, previsti dal § 172 *VwGO* ed assenti nei §§ 883-886 *ZPO*, da considerarsi, in ogni modo, sempre ineludibili, nel rispetto della peculiare posizione del soggetto esercente un pubblico potere⁽³¹⁶⁾.

A fortiori, l'applicazione delle norme che precedono sarebbe imposta da una lettura costituzionalmente orientata delle stesse – in particolare sulla scorta del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 19/4 *GG*⁽³¹⁷⁾ – pena le abnormi conseguenze cui, diversamente, si darebbe ingresso, rimettendo sostanzialmente all'arbitrio della p.a. la restituzione di un bene sottratto a seguito di un illegittimo esercizio della pubblica funzione, senza che residui in capo alla stessa alcun margine di discrezionalità sul punto – trattandosi di atto dovuto – né alcun diritto di ritenzione – che dovrebbe essere riconosciuto nel processo di cognizione, con conseguente esclusione di un successivo obbligo di restituzione – e senza che venga in rilievo, più in generale, un interesse pubblico di segno contrario⁽³¹⁸⁾.

⁽³¹⁶⁾ Oltretutto, precetto e termine di adempimento, nonché provvedimento di applicazione della specifica misura esecutiva da parte del giudice dell'esecuzione, sono una costante in tutte le norme del *VwGO* volte a disciplinare l'esecuzione forzata, sia a favore che contro la p.a. (§§ 169, 170, 172 *VwGO*).

⁽³¹⁷⁾ «*Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.*».

⁽³¹⁸⁾ Che, oltretutto, il bene da restituirsì, non sia indispensabile al conseguimento dei propri fini istituzionali, nei termini di cui al § 170/3 *VwGO* («*Die Vollstreckung ist unzulässig in Sachen, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich sind*»), è circostanza che andrebbe anch'essa verificata in sede di cognizione; così, in dottrina, HECKMANN, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar, cit., sub § 172, 2946.*

2.2.4. Segue: la tesi prevalente dell'integrale applicabilità delle misure esecutive del ZPO

L'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza propende decisamente per l'integrale applicabilità delle disposizioni del codice di procedura civile all'esecuzione forzata di una generale sentenza amministrativa di prestazione (*allgemeines Leistungsurteil*). L'ambito applicativo del § 172 *VwGO* dovrebbe, quindi, essere circoscritto all'esecuzione delle sole decisioni giurisdizionali sul provvedimento.

Diversi gli argomenti a sostegno di tale prevalente indirizzo, suggellato, come si dirà, da una recente presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht*.

Preliminarmente, si pone contro l'applicazione del § 172 *VwGO* ai casi di inottemperanza ad una generale sentenza di prestazione, il chiaro tenore letterale della disposizione stessa, che ne circoscrive l'alveo applicativo alle sole ipotesi codificate ai §§ 113/1 secondo alinea, 113/5 e 123 *VwGO*.

Diversamente opinando, non si comprenderebbe la ragione per la quale il legislatore abbia menzionato specifiche fattispecie, anziché enucleare una regola di portata generale per l'esecuzione forzata di tutti gli obblighi non inerenti a prestazioni in denaro⁽³¹⁹⁾.

Tale scelta legislativa costituirebbe già un primo indizio a sfavore di una indiscriminata applicazione analogica del § 172 *VwGO* a tutte le ipotesi di esecuzione coattiva contro l'autorità pubblica⁽³²⁰⁾, ancorché una delle ragioni essenziali che inducono parte della dottrina a propugnare una generalizzata applicazione del § 172 *VwGO*, risieda

⁽³¹⁹⁾ In questi termini si esprime, in particolare P. SCHMIDT, in E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 10, il quale arriva persino ad ipotizzare come avrebbe potuto essere redatta la norma: «*Will der Gesetzgeber, dass auch diese Verpflichtungen nach § 172 vollstreckt werden, kann er, nicht der Rechtsanwender, diese Norm etwa dahin fassen: "Kommt die Behörde einer Verpflichtung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nicht nach..."*».

⁽³²⁰⁾ Tuttavia, W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, cit.*, 29, invita a non sopravvalutare il dato letterale della norma, considerato che l'istituto della *allgemeine Leistungsklage* (e, quindi, la corrispondente pronuncia), trova, in linea generale, nel *VwGO*, una disciplina decisamente incompleta e che nessuno ha, per esempio, mai dubitato dell'applicabilità analogica del § 42/2 *VwGO* anche alle *allgemeine Leistungsklagen*, (cfr. in giurisprudenza *BVerwG* 26.1.1996, in *BverwGE*, 100, 262, 271 e in dottrina, F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 42, n. 62), ancorché la disposizione predetta faccia letteralmente riferimento alla legittimazione ad esperire l'azione di impugnazione (*Anfechtungsklage*) e di condanna all'emissione di un dato provvedimento (*Verpflichtungsklage*). Occorrerebbe – osserva l'A. – scrutinare la *ratio* del § 172 *VwGO*, in modo tale da verificare se esso si presti ad essere analogicamente applicato alle sentenze amministrative di condanna in generale (*allgemeine Leistungsurteile*).

nell'assunto secondo cui il termine "*Verpflichtung*", ivi utilizzato, abbraccerebbe qualsivoglia obbligo di prestazione, quindi non solo quello di rendere un provvedimento amministrativo⁽³²¹⁾.

Partendo da quest'ultimo presupposto, non si giustificerebbe il rinvio operato dal § 167/1 *VwGO* alle disposizioni del codice di procedura civile, nella misura in cui tutti i provvedimenti giurisdizionali al di fuori di quelli espressamente menzionati dal § 172 *VwGO* – assistiti dal rimedio di coazione indiretta dello *Zwangsgeld* – sembrerebbero in realtà eseguibili forzosamente mercé il combinato disposto del § 167/1 *VwGO* con i §§ 883 ss. *ZPO*.

Una disciplina dell'esecuzione forzata, come quella invocata dalla tesi "massimalista", sarebbe, in effetti, del tutto incoerente ed illogica, laddove per poterla accreditare, si renderebbe necessaria una vera e propria manipolazione del testo normativo del § 172 *VwGO*, quale espediente per poter estendere la regola ivi prevista a tutti i casi in cui debba essere portata ad esecuzione una sentenza di condanna o un provvedimento cautelare ingiuntivo, a prescindere dai rispettivi contenuti.

La norma manterrebbe, infatti, una sua intima coerenza, solo interpretando il concetto di "*Verpflichtung*" nel suo significato tecnico di obbligo avente ad oggetto il rilascio di un atto amministrativo, di modo che il § 172 *VwGO* dovrebbe necessariamente riferirsi all'esecuzione delle sole decisioni sul provvedimento⁽³²²⁾.

Inoltre, non coglierebbe nel segno nemmeno l'argomento secondo cui nella prospettiva del legislatore del '60, con la esplicita enunciazione dei casi di cui ai §§ 113/1 secondo alinea e 113/5 (originariamente 113/4) *VwGO*, si intendeva avere riguardo a tutte le tipologie di attività amministrativa e, dunque, non solo quella provvedimentoale, dal momento che l'istituto della generale azione di prestazione (*allgemeine Leistungsklage*)

⁽³²¹⁾ Cfr. R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 16.

⁽³²²⁾ Così W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, cit.*, 30.

volta ad ottenere un certo comportamento da parte della p.a., deve farsi risalire alle successive elaborazioni interpretative di dottrina e giurisprudenza⁽³²³⁾.

L'idea che il legislatore abbia voluto dettare con il § 172 *VwGO* una regola onnicomprensiva dimenticandosi o, comunque, ignorando l'esistenza dell'istituto della *allgemeine Leistungsklage*, non trova alcun riscontro nei fatti.

Al momento di codificare la legge sulla giustizia amministrativa, l'istituto in questione era assai noto al legislatore, tant'è vero che esso viene esplicitamente richiamato in più occasioni all'interno del *VwGO* (§§ 43/2, 111, 113/4, 169/2, 191/1 *VwGO*)⁽³²⁴⁾.

Giova ricordare, in proposito, quanto espressamente disposto dal § 40 del progetto governativo relativo al *VwGO*: «*Rechtsschutz kann mit Gestaltungs-, Feststellungs- und Leistungsklagen begehrt werden, um nicht durch die ausdrückliche Erwähnung der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage (...) den Rückschluss zu gestatten, dass (...) die Leistungsklage im Verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausgeschlossen sei*»⁽³²⁵⁾.

La circostanza che tale ultima disposizione del progetto governativo non si sia, poi, tradotta in legge, è dipesa dal fatto che il legislatore riteneva a tal punto chiara l'esistenza della *allgemeine Leistungsklage*, da non reputare necessaria una sua espressa menzione, tanto più che essa veniva comunque richiamata e presupposta da alcune norme come il § 43/2 *VwGO*⁽³²⁶⁾, in guisa da fugare ogni dubbio sull'ammissibilità di un'azione generale di prestazione⁽³²⁷⁾.

Va, oltretutto, osservato che la stessa formulazione del § 113 *VwGO* che menziona, fra l'altro, la *Verpflichtungsklage* e non già la *allgemeine Leistungsklage* non si giustifica con una svista del legislatore ma, piuttosto, con il fatto che la disciplina dell'azione gene-

⁽³²³⁾ In questi termini, R. PIETZNER in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 18.

⁽³²⁴⁾ Cfr. *VHG Mannheim*, 10.5.1973, in *NJW* 1973, 1518, 1519; F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 40, n. 4.

⁽³²⁵⁾ *BT-Drs.* III/55, 31.

⁽³²⁶⁾ «*Die Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann (...)*».

⁽³²⁷⁾ W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, cit.*, 30.

rale di prestazione si desume, implicitamente, dalla natura dichiarativa della stessa, senza necessità di alcuna particolare regolamentazione⁽³²⁸⁾.

Pertanto, considerato che il legislatore ha, in origine, volutamente delineato con il § 113 *VwGO* i possibili contenuti delle sole sentenze di annullamento e di condanna all'emissione di un provvedimento amministrativo, è inimmaginabile che egli abbia, per converso, voluto ricomprendere nell'ambito di applicazione del § 172 *VwGO* ogni forma di attività della p.a., tanto più che si richiamano solo gli istituti di cui ai §§ 113/1 secondo alinea e 113/5 *VwGO*⁽³²⁹⁾.

Ne consegue, che non si può parlare in alcun modo di ignoranza o dimenticanza del legislatore⁽³³⁰⁾.

Sotto un diverso profilo, conviene, altresì, ricordare come l'assunto della generalizzata applicazione del § 172 *VwGO* si fonderebbe sulla constatazione che il legislatore, con i §§ 61/2 terzo alinea *VwVfG* (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), nonché 60/2 terzo alinea *SGB X* (*Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz*), di identico tenore letterale e riguardanti i contratti di diritto pubblico nei quali la pubblica amministrazione abbia accettato con propria dichiarazione vincolante l'esecuzione forzata immediata in caso di inadempimento, abbia rinviato alla corrispondente applicazione del § 172 *VwGO*.

Tale norma dovrebbe, così, rappresentare la regola generale valevole per l'esecuzione, contro la p.a., di qualsivoglia obbligo di prestazione che non riguardi crediti pecuniari⁽³³¹⁾.

Tuttavia – si replica in dottrina – il fatto che il legislatore con le predette disposizioni non abbia differenziato in ordine al possibile contenuto dei contratti ed abbia genericamente rinviato al § 172 *VwGO*, non dimostrerebbe in alcun modo che ciò debba valere anche per l'esecuzione delle decisioni emesse contro la p.a., attesa la presenza dei due di-

⁽³²⁸⁾ Cfr. *BT-Drs. III/55*, 43.

⁽³²⁹⁾ W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit. 31.

⁽³³⁰⁾ Cfr. *OVG Koblenz*, 4.7.1986, in *NJW* 1987, 1220.

⁽³³¹⁾ In giurisprudenza, cfr. *OVG Münster*, 13.2.1997, in *NVwZ* 1998, 534.

stinti e paralleli regimi di esecuzione, rappresentati appunto dal § 172 *VwGO* e dal combinato disposto fra i §§ 167/1 *VwGO* e 883 ss. *ZPO*⁽³³²⁾.

Più attinente appare, dunque, il già illustrato raffronto con le norme sull'esecuzione forzata contenute nella legge sul contenzioso previdenziale *SGG* (*Sozialgerichtsbarkeit*), tenendo presente che la medesima sistematica è riscontrabile anche nella legge sul contenzioso tributario (*FGO*), che al § 151 richiama le disposizioni del codice di rito per quel che attiene all'esecuzione delle sentenze del giudice tributario nei confronti di una p.a.

Da tale comparazione si evince, una volta di più, come il legislatore abbia voluto introdurre un regime speciale di esecuzione coattiva con particolare riferimento alle statuizioni di condanna ad emanare un provvedimento amministrativo, lasciando ferma la disciplina processual-civilistica per quel che attiene a tutte le altre pronunce ingiuntive emesse nei confronti dell'autorità.

Un ulteriore decisivo argomento contro un'applicazione generalizzata del § 172 *VwGO*, indistintamente a tutte le sentenze amministrative di condanna, si ricaverebbe, infine, dalla *ratio* della norma medesima.

Attraverso la previsione di quel particolare strumento di coazione indiretta che è lo *Zwangsgeld* di cui al § 172 *VwGO*, si è voluta garantire la possibilità di portare ad esecuzione, seppur mediamente, le sentenze c.d. sul provvedimento, colmando una precedente lacuna in punto di effettività della tutela giurisdizionale.

Inevitabilmente, un siffatto meccanismo di mediata coercizione, se rapportato alle possibilità offerte dal *ZPO*, in raccordo con il § 167/1 *VwGO*, di agire immediatamente *in executivis* nei confronti della p.a., finisce per assegnare al soggetto pubblico una sorta di privilegio, la cui estensione non avrebbe e non ha ragion d'essere a fronte della lettera e della *ratio* della norma.

Dunque, l'applicazione delle più incisive misure di esecuzione (diretta) previste dal *ZPO* (§§ 883 e ss) non potrebbe essere esclusa al di fuori di quanto disposto dal § 172 *VwGO*⁽³³³⁾.

⁽³³²⁾ Così W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 32.

In definitiva, secondo l'orientamento in parola si delinea un sistema articolato come segue:

1) Esecuzione forzata di obblighi aventi ad oggetto l'emissione di atti amministrativi.

Si applicherà, come visto, il § 172 *VwGO* quale disciplina speciale in tema di esecuzione coattiva contro la pubblica amministrazione⁽³³⁴⁾.

2) Esecuzione forzata di obblighi aventi ad oggetto una prestazione positiva infungibile.

In tal caso troverà applicazione – esclusi ovviamente i casi di cui sopra (§ 113/1 secondo alinea e 113/5 *VwGO*)⁽³³⁵⁾ – la disciplina di cui al § 888 *ZPO* conformemente al rinvio disposto dal § 167/1 *VwGO*⁽³³⁶⁾.

Il § 888 *ZPO* prevede che nei casi in cui una prestazione non possa essere eseguita da un terzo in luogo del debitore inadempiente, dipendendo necessariamente la sua realizzazione dalla volontà di quest'ultimo, il creditore possa presentare istanza al tribunale di

⁽³³³⁾ In questi termini, ancora W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen*, cit., 34, il quale richiama, ulteriormente, a conferma della validità di un'interpretazione restrittiva del § 172 *VwGO*, applicabile alle sole decisioni sul provvedimento, il progetto relativo ad una sorta di testo unico sul processo amministrativo (*EVwPO – Gesetzentwurf der Bundesregierung bezüglich einer Verwaltungsprozessordnung*, BT-Drs. 10/3437). Il § 180/1 *EVwPO* stabilisce come per l'esecuzione forzata valga, in generale il libro ottavo, del codice di procedura civile. Nella relazione al progetto si chiarisce, quindi, come il libro ottavo del *ZPO* debba valere per l'esecuzione coattiva sia a favore che contro la pubblica amministrazione (cfr. *Begründung zum EVwPO*, BT-Drs. 10/3437, 167). Il § 183 *EVwPO* prevede tuttavia, una regola speciale per l'esecuzione delle decisioni sul provvedimento: «*Kommt die Behörde der Verpflichtung nicht nach, hat auf Antrag das Gericht...gegen sie unter Fristsetzung ein Zwangsgeld bis fünfhunderttausend Deutsche Mark...anzudrohen*», laddove nella relazione al progetto (cfr. *Begründung zum EVwPO*, BT-Drs. 10/3437, 40) si legge: «*§ 183 fasst § 172 VwGO, § 154 FGO und § 201 SGG zusammen*». In tal modo, il progetto di legge in questione attesta una volta di più – secondo l'A. – come le enunciate disposizioni, nella misura in cui fanno riferimento agli istituti del *Folgenbeseitigungsanspruch*, della *Verpflichtungsklage*, così come delle *einstweilige Anordnungen*, siano state coniate per le sole ipotesi in cui si verta su un obbligo dell'autorità di emanare un atto amministrativo.

⁽³³⁴⁾ Sul punto cfr. anche D. HECKMANN, in SODAN, ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar*, cit., sub § 172, 2945, 2946.

⁽³³⁵⁾ Anche l'attività provvedimento della p.a. viene inquadrata *sub specie* di attività infungibile (*unvertretbare Handlung*): «*Wird die Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakt verurteilt (...) liegt zwar ebenfalls eine unvertretbare Handlung vor, hier findet die Vollstreckung wegen der gesetzlichen Spezialregelung in § 172 jedoch nach den dort festgesetzten Regeln statt*». Così, J. HÜTTENBRINK, in W. KUHLA, J. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozeß*, cit., sub § 172, n. 36.

⁽³³⁶⁾ *OVG Koblenz*, 4.7.1986, in *NJW* 1987, 1220, 1221, ritiene eseguibile coattivamente attraverso l'applicazione del § 888 *ZPO* l'obbligo della p.a. di esibire nei confronti di un impiegato la documentazione personale relativa ad altro collega, che sia nella disponibilità del datore di lavoro medesimo.

primo grado (la pretura [*Amtsgericht*] nei rapporti interprivatistici), quale giudice dell'esecuzione, affinché il debitore venga indotto a dare seguito all'attività cui è tenuto, dietro irrogazione di una ammenda che non può superare l'importo di Euro venticinquemila⁽³³⁷⁾.

Presupposti e caratteristiche dell'istanza seguono le medesime regole valevoli per l'esecuzione forzata dell'obbligo di rendere un'attività fungibile *ex* § 887 ZPO⁽³³⁸⁾.

È necessario, per l'introduzione della procedura, che la prestazione sia stata totalmente omessa o comunque non adeguatamente eseguita⁽³³⁹⁾.

L'istanza può essere presentata per iscritto o formulata oralmente e verbalizzata presso la cancelleria della pretura⁽³⁴⁰⁾. Deve essere indicata chiaramente l'attività cui la controparte è tenuta così come risultante dal titolo esecutivo⁽³⁴¹⁾.

Laddove, poi, secondo il titolo, sia dovuto un certo risultato, l'istanza dovrà indicare anche le modalità di realizzazione dello stesso⁽³⁴²⁾.

Non è previsto, a differenza di quanto, ad esempio, disposto dal § 890 ZPO in ordine all'esecuzione forzata degli obblighi di non fare, un provvedimento del giudice dell'esecuzione con il quale venga intimato al debitore il rispetto dell'obbligo, pena l'applicazione della indicata misura esecutiva, essendo necessario solo la concreta applicazione della misura con apposita ordinanza⁽³⁴³⁾.

L'ammenda, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice così come nel caso di cui al § 890 ZPO⁽³⁴⁴⁾ non può essere, tuttavia, portata ad esecuzione d'ufficio

⁽³³⁷⁾ Nell'ipotesi di impossibilità di riscuotere l'ammenda, viene di regola applicata la misura dell'arresto (*Zwangshaft*) che non può in ogni caso superare la durata di sei mesi ai sensi del § 913 ZPO.

⁽³³⁸⁾ Cfr. R. HÜBTEGE, in H. THOMAS, H. PUTZO, ZPO, 29. Aufl., München, 2008, *sub* § 888, n. 8.

⁽³³⁹⁾ Cfr. OLG Köln, 3.5.1995, in NJW-RR 1996, 100.

⁽³⁴⁰⁾ L'orientamento prevalente in giurisprudenza ritiene necessario il patrocinio di un legale cfr, fra le altre, OLG Köln, 8.8.1994, in NJW-RR 1995, 644.

⁽³⁴¹⁾ Cfr. OLG Koblenz, 6.1.1998, in NJW-RR 1998, 1770.

⁽³⁴²⁾ Cfr. OLG Stuttgart, 6.8.1998, in NJW-RR 1999, 792.

⁽³⁴³⁾ Si riscontrano, tuttavia, taluni arresti della giurisprudenza civile, secondo cui la misura coercitiva può essere egualmente minacciata, prima di un'eventuale sua concreta applicazione, allorché l'attività non venga adempiuta entro un determinato termine; cfr. OLG Düsseldorf, 19.6.1987, in OLGZ 1988, 83; OLG Hamm, 14.11.1985, in NJW-RR 1987, 765.

⁽³⁴⁴⁾ Nella quantificazione dell'importo, il giudice dell'esecuzione dovrà tenere conto, del valore della prestazione rimasta inadempita; cfr. R. HÜBTEGE, in H. THOMAS, H. PUTZO, ZPO, *cit.*, *sub* § 888, n. 12

– a differenza di ciò che avviene con lo *Zwangsgeld* ex § 172 *VwGO* – essendo necessaria un’istanza della parte interessata⁽³⁴⁵⁾.

3) Esecuzione forzata di obblighi aventi ad oggetto una prestazione positiva fungibile.

Gli obblighi in questione, salvo che si tratti di esecuzione per crediti pecuniari cui si applicherà il particolare regime di cui al § 170 *VwGO*, saranno eseguibili secondo i dettami del § 887 *ZPO* anche nel caso in cui si tratti di attività non provvedimentoale cui la p.a. sia stata condannata ai sensi del § 113/1 secondo alinea *VwGO*⁽³⁴⁶⁾.

Secondo la disposizione in esame, il creditore che agisce esecutivamente nei confronti del debitore, inadempiente rispetto ad un obbligo di fare fungibile, può chiedere al giudice dell’esecuzione di essere autorizzato ad eseguire la medesima prestazione tramite un terzo, a spese dell’esecutato.

Contestualmente il creditore medesimo potrà chiedere la condanna del debitore alla rifusione anticipata delle spese necessarie all’uopo, impregiudicato il diritto ad un supplemento di pagamento, laddove l’esecuzione della prestazione da parte del terzo comporti un esborso maggiore.

Pertanto, laddove la p.a. sia obbligata in base ad una decisione giurisdizionale (o ad altro titolo esecutivo) a realizzare un’attività materiale che potrebbe benissimo essere adempiuta da un soggetto di diritto privato, potrà darsi ingresso, quale concreta misura

⁽³⁴⁵⁾ Cfr. *BGH*, 2.3.1983, in *NJW* 1983, 1859. L’importo di cui all’ammenda verrà devoluto alle casse dello Stato, in particolare alla *Gerichtskasse*, diversamente da ciò che accade per l’*astreinte* francese, la quale assumendo una funzione anche risarcitoria, viene di regola incamerata dal privato; sul punto v. più diffusamente *infra*, par. 2.2.1. in questo capitolo. L’importo potrà comunque essere ripetuto dal debitore ai sensi del § 812 *BGB*, laddove l’ordinanza applicativa del giudice venga annullata ovvero il creditore rinunci ai suoi diritti: sull’argomento, cfr. *BAG*, 6.12.1989, in *NJW*, 1990, 2579.

⁽³⁴⁶⁾ Così si esprimono, fra gli altri, F. KOPP, W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172*, n. 1: «*Ausgeschlossen ist zudem allg (selbst iVm mit § 113/1 S 2 und § 123) die Vollstreckung von Titeln, die (regelungsfreie) Realakte zum Gegenstand haben, auf dem Wege des § 172*» e n. 9: «*Von den zu 1 genannten Fällen abgesehen, erhält die VwGO keine Regelung für die Vollstreckung sonstiger, nicht auf den Erlaß von Vaen und allenfalls von mit Vaen vergleichbaren behördlichen Akten (...) gerichteter Urteile oder Beschlüsse. Mangels einer abweichenden Regelung hat die Vollstreckung hier gem § 167 Abs 1, §§ 883 ff ZPO zu erfolgen*». Tale dottrina precisa poi ulteriormente, di seguito, come in nessun caso il procedimento di esecuzione possa pregiudicare la p.a. nell’assolvimento dei propri compiti.

esecutiva, al rimedio surrogatorio previsto dal § 887 ZPO e applicabile anche alla p.a. in forza del rinvio di cui al § 167/1 VwGO⁽³⁴⁷⁾.

Conviene, da ultimo, segnalare che la procedura di cui al § 887 ZPO sconterebbe una lieve modifica rispetto al suo normale *iter*: nell'ambito dell'esecuzione forzata contro la pubblica autorità, il creditore non viene (semplicemente) autorizzato a delegare ad un terzo l'esecuzione della prestazione rimasta inevasa, essendo il giudice stesso a disporre tale misura esecutiva surrogatoria con apposita ordinanza, conformemente a quanto paradigmaticamente previsto dal § 170 in tema di esecuzione di crediti pecuniari⁽³⁴⁸⁾.

4) Esecuzione forzata degli obblighi di consegna o rilascio di un bene.

Nella fattispecie, saranno applicabili i §§ 883 e ss. ZPO.

In particolare, il § 883 ZPO disciplina l'esecuzione forzata di un obbligo di consegna di una cosa mobile e il § 885 ZPO la procedura di rilascio di un bene immobile, laddove è, di regola, l'ufficiale giudiziario, investito dal creditore, a sottrarre la *res* dalla disponibilità del debitore, consegnandola alla controparte ovvero ad immettere il creditore medesimo nel possesso dell'immobile, secondo le indicazioni del titolo esecutivo.

Occorre, nondimeno, precisare che nel caso in cui la parte sottoposta ad esecuzione sia un soggetto pubblico, l'ufficiale giudiziario non verrà incaricato dei predetti incom-

⁽³⁴⁷⁾ *OVG Koblenz*, 1.7.1985, in *DVBl* 1986, 288 ss. *VHG München*, 20.1.1981, in *NVwZ* 1982, 563 ss. Più nel dettaglio, autorevole dottrina conferma, al riguardo, che circoscrivere le misure esecutive in punto di attività fungibili, al mezzo di coazione indiretta di cui al § 172 VwGO significherebbe restringere la tutela giuridica del cittadino, senza che ve ne sia necessità. Laddove si verta, per esempio, su un obbligo della p.a. di ripristinare la recinzione di un giardino illegittimamente abbattuta, riconosciuto a seguito di un *Folgenbeseitigungsanspruch* (§ 113/1 secondo alinea) o piuttosto di provvedere alla pulizia di un fondo, come da contratto di diritto pubblico, non vi è alcuna ragione per non consentire che le predette prestazioni vengano eseguite da un terzo in sostituzione dell'amministrazione inottemperante, a spese di quest'ultima. Nessun interesse giuridicamente rilevante della p.a. verrebbe compromesso, né allo stesso modo vi sarebbe alcuna irragionevole limitazione della sfera di operatività riservata alla p.a. medesima. Si sostiene, invero, che siffatte attività non sarebbero tipicamente amministrative («*Solche Handlungen sind nicht "verwaltungstypisch"*»), laddove l'amministrazione, già *a priori*, potrebbe avvalersi, per la loro esecuzione, dell'opera di un privato. Così osserva, D. HECKMANN, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar*, cit., sub § 172, 2946.

⁽³⁴⁸⁾ *Ibidem*. Di diverso avviso, apparentemente, F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 172, n. 12: «(...)kann der Zustand auch durch Handeln eines Dritten hergestellt werden, so ist der Vollstreckungsgläubiger analog § 887 ZPO durch das Gericht zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten des Verpflichteten vornehmen zu lassen».

benti direttamente dal creditore, bensì, in raccordo con il § 170/1 secondo alinea *VwGO*, dal giudice dell'esecuzione⁽³⁴⁹⁾.

5) Esecuzione forzata di obblighi di non fare.

Questi sono eseguibili coattivamente contro la mano pubblica ai sensi del § 890 *ZPO*.

Ove il debitore abbia trasgredito l'obbligo di astenersi dal fare qualcosa o di tollerare l'esecuzione di un'attività del creditore, questi con apposita istanza può rivolgersi al giudice dell'esecuzione affinché disponga per ciascuna violazione una sanzione (amministrativa) pecuniaria (*Ordnungsgeld*) fino a ducentocinquantamila Euro e, per il caso, in cui questa non possa essere riscossa, la misura dell'arresto sino a sei mesi e, complessivamente, sommando ciascuna violazione, in misura non superiore a due anni⁽³⁵⁰⁾.

Sulla opportuna esclusione dell'applicabilità dell'arresto all'esecuzione forzata contro la mano pubblica già si è detto⁽³⁵¹⁾.

L'istanza presenta anche in questo caso le medesime caratteristiche di quella introduttiva delle procedure *ex* §§ 887 e 888 *ZPO*.

Il procedimento in esame si differenzia, di regola, da quello in materia di esecuzione coattiva di un'obbligo di fare infungibile, in ragione della espressa previsione normativa di una minaccia di applicazione della concreta misura coercitiva, la quale sarà contenuta già nella sentenza di condanna e, in difetto, in un'apposita ordinanza del giudice dell'esecuzione⁽³⁵²⁾.

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. D. HECKMANN, in H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar, cit.*, sub § 172, 2946.

⁽³⁵⁰⁾ Sia l'ammenda che l'arresto devono essere determinati con l'ordinanza applicativa del giudice dell'esecuzione. La misura minima della sanzione pecuniaria è di cinque Euro e di un Euro per quanto riguarda la misura restrittiva conformemente all'art. 6 *EGStGB*; cfr. R. HÜBTEGE, in H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung, cit.*, sub § 890, n. 26.

⁽³⁵¹⁾ V. *supra* par. 2.1.1. (b), 64 ss.

⁽³⁵²⁾ Ulteriori differenza fra la formulazione del § 890 e quella del § 888 *ZPO* riguardano l'impiego in un caso dell'espressione *Ordnungsgeld (Ordnungshaft)* e nell'altro dell'espressione *Zwangsgeld (Zwangshaft)* – anche se la differenza appare meramente terminologica, eguali essendo natura e funzione del rimedio – nonché delle diverse locuzioni per cui in un caso (§ 890) il debitore deve essere condannato al pagamento di una ammenda per ogni violazione («...so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung...zu einem Ordnungsgeld...zu verurteilen»), mentre nell'altro (§ 888) il debitore viene sollecitato ad adempiere attraverso

In verità, questa differenza, come precedentemente illustrato, scompare del tutto, allorché il soggetto sottoposto ad esecuzione forzata sia la pubblica amministrazione, dovendosi comunque tenere conto, sul punto, di quanto disposto dal § 172 *VwGO*.

Si aggiunga, per concludere, che ove la p.a. abbia posto in essere l'attività a lei inibita, in spregio all'obbligo di non fare cui era tenuta, il privato, ove possibile, potrà ottenere il ripristino dello *status quo ante* anche attraverso l'eliminazione di quanto illegittimamente realizzato a spese della controparte, in conformità alla procedura di cui al § 887 *ZPO*⁽³⁵³⁾.

2.3. *L'esecuzione dei provvedimenti cautelari positivi (§ 123 VwGO) e la tesi del "doppio binario" del Bundesverfassungsgericht*

Il § 172 *VwGO* fra le decisioni coattivamente eseguibili a mezzo *Zwangsgeld* menziona anche le c.d. *einstweilige Anordnungen*, cioè le misure cautelari positive volte a disciplinare provvisoriamente il rapporto controverso e concesse al ricorrente che lamenti l'illegittimo diniego di un atto amministrativo ovvero il silenzio serbato dalla p.a. sul punto.

Si tratta, come abbiamo già visto, di provvedimenti interinali strumentali rispetto alla sentenza da pronunciarsi su una azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*).

L'esecuzione di una siffatta misura deve, in ogni caso, avvenire entro il termine di un mese, conformemente al disposto di cui al § 929/2 *ZPO* del libro ottavo, sezione quinta, rubricata "*Arrest und einstweilige Verfügung*" come richiamato dal § 123/3 *VwGO*⁽³⁵⁴⁾.

Si ricava, più nel dettaglio, dal combinato disposto dei §§ 123/3 *VwGO* e 929/2 *ZPO* che l'esecuzione coattiva di un provvedimento interinale sarà illecita ("*unstatthaft*"),

l'applicazione di un ammenda («so ist dass der Schuldner...zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld...anzuhalten sei»).

⁽³⁵³⁾ Così, *VGH München*, 20.1.1981 in *NVwZ* 1982, 563, 564.

⁽³⁵⁴⁾ Il § 929/2 *ZPO*, secondo il suo tenore letterale, si applicherebbe solo all'esecuzione dell'ordine di arresto, la quale diverrebbe illecita, laddove iniziata dopo il decorso del termine di un mese dalla comunicazione del provvedimento o dalla notifica dello stesso alla parte su istanza della quale era stato rilasciato: «Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tag, an dem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist».

allorché sia trascorso un mese dalla notifica alle parti dell'ordinanza cautelare, notifica che di regola viene effettuata d'ufficio ai sensi del § 56/2 *VwGO*⁽³⁵⁵⁾.

A fronte di quanto illustrato in precedenza⁽³⁵⁶⁾, occorrerà distinguere fra i possibili contenuti che può assumere un'ordinanza cautelare *ex* § 123 *VwGO*, in relazione al tipo di esecuzione forzata da adottare.

Infatti, se in base ad un'interpretazione sistematico-teleologica del § 172 *VwGO*, esso deve ritenersi circoscritto alle sole sentenze sul provvedimento, non occupandosi delle altre possibili statuizioni come richieste rispettivamente con *Leistungs* e *Unterlassungsklagen*, per le quali varrà la disciplina processual-civile in forza del rinvio di cui al § 167/1 *VwGO* – non può che addivenirsi ad eguali conclusioni anche per quel che riguarda le ordinanze provvisorie ai sensi del § 123 *VwGO*.

Ove con i predetti provvedimenti venga ingiunta alla p.a. l'emissione di un atto amministrativo volto a disciplinare temporaneamente il rapporto controverso, l'eventuale esecuzione coattiva della misura seguirà la procedura fissata nel § 172 *VwGO*, in ossequio alla *ratio* della norma⁽³⁵⁷⁾.

Diversamente, qualora le *einstweilige Anordnungen* non abbiano ad oggetto un'attività provvedimentale dell'amministrazione, bisognerà, ulteriormente, distinguere come segue: se l'autorità venga obbligata con le suddette misure interinali al pagamento di una somma di denaro senza che questo presupponga il rilascio di un titolo, si applicherà il § 170 *VwGO* sull'esecuzione coattiva di crediti pecuniari contro la mano pubblica; nel caso in cui si tratti di attività fungibili, esse saranno eseguibili secondo i dettami del § 887

⁽³⁵⁵⁾ Così, *VGH München*, 13.3.2003, in *NVwZ-RR* 2003, 699: «Die Vollziehungsfrist für die Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung (§ 123 III VwGO i. V. mit § 929 II ZPO) läuft bei der gerichtlichen Verpflichtung zu aktivem Tun bereits mit Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Vollstreckungsgläubiger an». In termini, *VGH Mannheim*, 17.12.1999, in *NVwZ* 2000, 692; *VGH Kassel*, 22.3.1990, in *NVwZ* 1990, 977. Ciò, sta a significare che prima dello spirare del termine di un mese, il beneficiario della misura cautelare, deve necessariamente provvedere ad introdurre la procedura di esecuzione forzata con apposita istanza. Osserva R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARßMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 37 che, diversamente, ai fini dell'osservanza del termine di un mese sarà sufficiente la mera notifica dell'ordinanza interinale, ove il provvedimento cautelare consista nella minaccia di irrogazione dello *Zwangsgeld*, come eccezionalmente avviene nel caso in cui venga provvisoriamente intimata alla p.a. l'astensione da una certa attività, ovvero quando la notifica stessa avvenga su impulso della parte, anziché d'ufficio.

⁽³⁵⁶⁾ V. *supra*, par. 2.1.1., (c), in questo capitolo.

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. *OVG Münster*, 12.12.1973, in *NJW* 1974, 917, 918.

ZPO, mentre laddove vengano in rilievo obblighi infungibili di fare troverà applicazione il § 888 ZPO; da ultimo, la procedura esecutiva che miri a piegare la resistenza della p.a. in ordine al rispetto di un obbligo di non fare, sarà regolata secondo quanto disposto dal § 890 ZPO⁽³⁵⁸⁾.

Di notevole interesse appare, a questo proposito, la presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht* sul tema dell'esecuzione forzata dei provvedimenti provvisori positivi ex § 123 VwGO⁽³⁵⁹⁾.

Si tratta di decisione che enuncia, in realtà, un principio di portata generale, nella misura in cui opera una lettura del § 172 VwGO, complessivamente considerato, alla luce del principio di effettività della tutela di cui all'art. 19/4 GG.

Il Giudice delle leggi tedesco, pur presupponendo l'applicabilità del § 172 VwGO all'esecuzione di tutte le *einstweilige Anordnungen*, a prescindere dal loro contenuto, quindi in apparente controtendenza rispetto all'opinione maggioritaria, fedele ad una lettura restrittiva del § 172, ammette l'applicazione, in via sussidiaria, delle singole misure esecutive di cui al ZPO, in base al richiamo ad esso operato dal § 167/1 VwGO.

Più nel dettaglio, il *BVerfG* afferma il principio secondo cui, laddove sia evidente per esperienze passate o per inequivocabili dichiarazioni della p.a. o per l'insuccesso della procedura ex 172 VwGO, nonostante plurime minacce di irrogazione della relativa am-

⁽³⁵⁸⁾ Così, fra gli altri, F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172*, nn. 1, 10; K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172 n. 3*; BGH, 14.11.1991, in *NJW* 1993, 1070; BayVGH, 26.5.1989, in *NVwZ-RR* 1989, 669; VGH Kassell, 31.3.1976, in *NJW* 1976, 1766. Una parte della dottrina e della giurisprudenza, pur aderente all'orientamento maggioritario della ritenuta applicabilità del § 172 VwGO alle sole sentenze sul provvedimento, ritiene tuttavia che la medesima norma si riferisca, stante il suo tenore letterale, agli obblighi contenuti nelle *einstweilige Anordnungen* secondo la disciplina di cui al § 123 VwGO, che possono avere ad oggetto attività non solamente provvedimenti della p.a. Il § 172 VwGO, menziona di fianco agli obblighi derivanti da sentenza, quelli derivanti da provvedimenti cautelari, senza che vi sia alcuna corrispondenza di contenuti, mantenendo i rispettivi istituti la loro autonomia, senza che i secondi (§ 123 VwGO) siano in alcun modo condizionati ai primi (§§ 113/1 secondo alinea e 113/5 VwGO); senza, quindi, che l'esecuzione forzata dei provvedimenti ex § 123 VwGO secondo lo *Zwangsgeld* di cui al § 172 VwGO debba necessariamente avvenire per le sole misure cautelari che abbiano ad oggetto il rilascio di un provvedimento amministrativo come nel caso delle sentenze che precedono. Ne consegue, che le *einstweilige Anordnungen* verranno, se del caso, eseguite contro la mano pubblica in base alla disciplina del § 172 VwGO a prescindere dal loro contenuto; in questi termini, P. SCHMIDT, in E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172*, n. 5; R. SCHWEICKHARDT, *Der Verwaltungsakt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß, cit.*, in *DÖV* 1965, 803; HessVGH, 8.11.1999, in *DÖV* 2000, 385; VG Köln, 5.7.1968, in *DVBl* 1968, 712

⁽³⁵⁹⁾ Cfr. *BVerfG, Beschl.*, 9.8.1999, in *NVwZ* 1999, 1330, 1331.

menda, che l'autorità non ottempererà alla decisione del giudice, non avendo sortito lo *Zwangsgeld* alcun concreta pressione psicologica sulla stessa, il privato potrà avvalersi delle singole misure esecutive previste dal codice di rito – escluse, va da sé, le fattispecie in cui si invochi l'esercizio di attività provvedimentoale – al fine di piegare la resistenza dell'amministrazione.

La Corte, invita ad interpretare ed applicare le disposizioni del *VwGO* in modo tale che esse siano in grado di spiegare effetti nel senso di una tutela piena della posizione giuridica del singolo nei confronti di un soggetto pubblico.

Se è vero che il § 172 *VwGO* può essere interpretato nel senso di ritenere applicabili ai provvedimenti provvisori positivi rimasti ineseguiti la procedura ivi disciplinata, ciò non significa che tale sia l'unica possibile interpretazione della norma predetta.

Chiarisce, infatti, il *BVerfG* come l'enunciata disposizione possa essere interpretata come modifica processual-amministrativa delle corrispondenti norme processual-civilistiche in tema di *Zwangsgeld*, nella misura in cui limita l'entità dell'ammenda irrogabile rispetto a quanto, appunto, previsto dal *ZPO*.

In questa peculiare ottica, il disposto di cui al § 172 *VwGO* non sarebbe in alcun modo ostativo all'applicazione delle misure esecutive del codice di procedura civile, ove diverse dal rimedio di mediata coazione rappresentato da *Zwangs* e *Ordnungsgeld*, la cui scelta e concreta applicazione spetterà al giudice amministrativo.

Si dà così ingresso ad una sorta di “doppio binario” di tutela a favore del privato: da un lato, la possibilità di sperimentare il meccanismo di coercizione indiretta afferente allo *Zwangsgeld* e, dall'altro, la ulteriore facoltà, nel caso di insuccesso della predetta procedura, di agire direttamente *in executivis*, ovviamente ove non sia in discussione l'esercizio di un'attività provvedimentoale della p.a.

Un ulteriore problema interpretativo deriva, poi, dall'omessa menzione dei provvedimenti cautelari *ex* § 80 *VwGO* da parte del § 172 *VwGO*.

Si tratta delle ordinanze interinali relative alla sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento sacrificativo emesso dalla p.a. nei confronti di un privato.

Tuttavia, come si ricorderà, il § 80 *VwGO* prevede, fra l'altro, al comma quinto, terzo alinea, la possibilità per il tribunale di disporre la rimozione dell'esecuzione, laddove l'atto amministrativo sia già stato eseguito al momento della decisione sull'istanza cautelare.

Ragioni di effettività della tutela giurisdizionale inducono, quindi, l'orientamento maggioritario a ritenere che il § 172 *VwGO* sia posto a presidio anche dell'esecuzione di tali ordinanze: la loro mancata considerazione da parte del § 172 *VwGO* risiederebbe in una mera dimenticanza del legislatore e la relativa lacuna normativa andrebbe colmata attraverso un'applicazione analogica della disposizione che precede, non essendovi alcuna plausibile ragione per escluderne l'esecuzione coattiva così come avviene per i provvedimenti provvisori positivi di cui al § 123 *VwGO*⁽³⁶⁰⁾.

Lo stesso dovrebbe valere per l'ipotesi di provvedimenti provvisori in caso di atti amministrativi ad effetto doppio, con i quali il tribunale ai sensi del § 80a *VwGO* può, su istanza di un terzo eventualmente pregiudicato dall'emissione di un atto ampliativo nei confronti di altro soggetto, sospendere l'esecuzione ed adottare misure provvisorie per tutelare le ragioni del terzo medesimo.

Fra queste, rientra la rimozione della già avvenuta esecuzione, in ossequio alla previsione del § 80/5 terzo alinea *VwGO*. La revoca dell'esecuzione di un atto amministrativo emesso a favore di un soggetto e in pregiudizio di un altro, si concretizzerà nell'obbligo per la p.a. di emettere un ordine di rimozione delle conseguenze di fatto derivanti dall'attuazione del provvedimento da parte del beneficiario.

Le misure conservative così disposte saranno – come appena visto – coercibili ai sensi del § 172 *VwGO*, in virtù della sua applicazione analogica⁽³⁶¹⁾.

⁽³⁶⁰⁾ Così, F. O. KOPP, W.-R. SCHENKE, *VwGO*, cit. sub § 80, n. 118; K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 80, n. 63; G. LÜKE, *Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung*, in *NJW* 1978, 81; in giurisprudenza, fra le tante, *BayVGH*, 28.7.1982, in *NJW* 1983, 835.

⁽³⁶¹⁾ *OVG Münster*, 8.9.1992, in *NVwZ* 1993, 383, 384.

3. Presupposti per l'attivazione della procedura esecutiva ai sensi del § 172

VwGO

Per poter attivare la procedura esecutiva ai sensi del § 172 *VwGO* nei confronti della p.a. inadempiente, è necessario che ricorrano innanzitutto i seguenti presupposti: il titolo esecutivo, che per quel che ci interessa, sarà costituito da una sentenza di condanna al ripristino dello *status quo ante* accessoria ad una sentenza di annullamento (113/1 secondo alinea *VwGO*), di adempimento (113/5 *VwGO*) o da un provvedimento provvisorio positivo (123 *VwGO*); la notifica del titolo alla controparte ai sensi del § 167/1 *VwGO* in combinato disposto con i §§ 795, 724, 750/1 *ZPO*; la formula esecutiva da apporre alla decisione del giudice⁽³⁶²⁾; l'inottemperanza della p.a. alla statuizione giudiziale, che deve essere definitiva ove si tratti di sentenza.

Relativamente alle *einstweilige Anordnungen*, per le quali non è necessaria la formula esecutiva⁽³⁶³⁾, si richiede l'ulteriore presupposto rappresentato dal termine per l'esecuzione dell'ordinanza cui al § 929/2 *ZPO*⁽³⁶⁴⁾.

Il § 172/1 *VwGO* come più volte ricordato richiede che l'autorità non adempia l'obbligo a lei imposto, così come risultante dal titolo esecutivo.

Il *Bundesverwaltungsgericht* ha, più precisamente, enunciato il principio per cui la minaccia dello *Zwangsgeld*, contenuta in apposito provvedimento del giudice dell'esecuzione, che apre in un certo senso la procedura *ex* § 172 *VwGO*, presuppone necessariamente l'immotivata mancata esecuzione del *dictum iudicis* da parte della pubblica amministrazione entro un adeguato lasso di tempo decorso dalla notifica del titolo⁽³⁶⁵⁾.

⁽³⁶²⁾ Che si tratti di un ulteriore necessario presupposto, lo si evince muovendo fondamentalmente da un'interpretazione *a contrariis* del § 171 *VwGO* che stabilisce come nei casi di cui ai §§ 169 e 170 commi da 1 a 3, non sia necessaria alcuna clausola esecutiva.. *Contra* R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub* § 172, n. 32.

⁽³⁶³⁾ Salvo il caso in cui la loro esecuzione debba avvenire a favore o contro soggetti diversi da quelli menzionati nel titolo, ai sensi del § 123/3 *VwGO* in combinato disposto con il § 929/1 *ZPO*.

⁽³⁶⁴⁾ Si tratta, come si è già ricordato (v. *supra* par. 2.1.2.) di un termine (un mese) normativamente previsto a tutela del debitore.

⁽³⁶⁵⁾ Cfr. ancora una volta *BVerwG*, 30.12.1968, in *NJW* 1969, 476. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub* § 172, n. 5, ritengono che il termine in questione decorra dal passaggio in giudicato della sentenza.

La valutazione dell'adeguatezza di questo termine dipenderà dalle circostanze del caso concreto, ossia dal contenuto dell'obbligo da adempiere.

Non si ritiene, peraltro, necessario un termine particolarmente lungo, atteso che nell'ordinanza con la quale viene minacciata l'applicazione dello *Zwangsgeld* contro l'amministrazione, deve essere contestualmente fissato un ulteriore termine di adempimento per consentire alla p.a. di sottrarsi all'esecuzione forzata; una volta esauritosi il processo di cognizione, non vi è, astrattamente, alcuna ragione di differire l'esecuzione della sentenza⁽³⁶⁶⁾.

Si è già detto, peraltro, che alla totale inerzia della p.a., viene equiparata un'attività esecutiva non soddisfacente, perché incompleta o non conforme a quanto statuito dal giudice, come nell'ipotesi dell'emanazione di un provvedimento di contenuto parzialmente differente rispetto a quanto riconosciuto dal giudice ovvero in spregio al quadro giuridico determinato in sentenza, ove si tratti di un *Bescheidungsurteil*⁽³⁶⁷⁾. Se questo sia il caso, è circostanza che dipenderà dal contenuto del titolo e, in particolare, dall'ambito oggettivo del giudicato.

Dovrà primariamente farsi riferimento al dispositivo della pronuncia e, secondariamente, ove persistano dubbi in proposito, alla situazione di fatto e ai motivi della decisione⁽³⁶⁸⁾.

Si aggiunga, con particolare riguardo al *Bescheidungsurteil*, in ordine al quale si riscontra il maggior numero di comportamenti inottemperanti della p.a. – comunque sempre molto limitato – che non rileveranno, ai fini dell'esecuzione coattiva ex § 172 *VwGO* mutamenti sopravvenuti della situazione di fatto o di diritto, di tal che essi potranno essere eccepiti dal debitore al fine di paralizzare la procedura esecutiva⁽³⁶⁹⁾.

⁽³⁶⁶⁾ Cfr. in argomento, W. MIEDTANK, *Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts*, Diss. jur., Göttingen, 1964, 120.

⁽³⁶⁷⁾ Sarebbe del tutto abnorme, in tal caso, costringere il privato ad azionare ancora una volta la propria pretesa con una ulteriore *Verpflichtungsklage*, considerato che il giudicato formatosi su un *Bescheidungsurteil* abbraccia tanto l'obbligo in capo alla p.a. di provvedere nuovamente, quanto la concezione giuridica ("*Rechtsauffassung*") espressa dal giudice amministrativo in sentenza; cfr. *BVerwG*, 3.11.1994, *DVB1* 1995, 925.

⁽³⁶⁸⁾ Cfr., *ex multis*, *OVG Münster*, 20.2.1992, in *NVwZ-RR* 1992, 518.

⁽³⁶⁹⁾ Così, *BVerwG*, 23.12.1983, in *NVwZ* 1984, 432.

3.1. Minaccia, applicazione ed esecuzione dell'ammenda

La procedura esecutiva come disciplinata dal § 172 *VwGO* è governata dal principio dispositivo e viene radicata ad istanza di parte avanti al tribunale di primo grado, quale giudice dell'esecuzione.

Essa consta fondamentalmente di tre fasi.

L'istanza, alla cui presentazione è legittimato il creditore indicato nel titolo esecutivo ovvero il suo successore ai sensi del § 727 *ZPO*, apre la prima fase che culminerà con l'ordinanza giudiziale contenente l'intimazione, alla p.a., di eseguire la sentenza (o i provvedimenti cautelari *ex* § 123 *VwGO*) entro un termine ragionevole, all'uopo fissato, sotto la minaccia di un'ammenda sino ad un massimo di Euro diecimila.

Alla fase introduttiva seguono le due ulteriori fasi rappresentate dall'applicazione della misura esecutiva e dalla eventuale esecuzione forzata officiosa per il credito relativo all'importo della penale.

Destinataria dei provvedimenti di cui al § 172 *VwGO* e, dunque, dell'applicazione dell'ammenda è l'autorità pubblica (*Behörde*) genericamente intesa e non già il singolo funzionario, non essendo lo *Zwangsgeld* una misura patrimoniale personale⁽³⁷⁰⁾.

L'istanza può essere presentata per iscritto o oralmente; in tal caso verrà verbalizzata dal cancelliere del tribunale competente ai sensi del § 81/1 *VwGO*.

Non è, peraltro, necessario indicare nella domanda l'entità dell'ammenda da irrogare, essendo la sua determinazione rimessa alla discrezionalità del giudice⁽³⁷¹⁾.

Se poi l'autorità adempie l'obbligo di cui al titolo esecutivo subito dopo la proposizione del ricorso ai sensi del § 172 *VwGO*, il giudice, previa rinuncia alla domanda da

⁽³⁷⁰⁾ «Antragsgegner ist der im Vollstreckungstitel bezeichnete Vollstreckungsschuldner, also grundsätzlich der Rechtsträger, und nur im Falle der §§ 61 Nr. 3, 78 Abs. 1 Nr. 2, die Behörde, nicht aber generell. Denn § 172 S. 1 *VwGO* spricht sie nur als Organ des Rechtsträgers, nicht aber selbst als Vollstreckungsschuldner an»: così, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 27. In termini anche *VGH Baden-Württemberg*, 12.5.1976, in *DVBl* 1977, 211: «(...)Das hat auch bei der Vollstreckung nach § 890 *ZPO* zu gelten. Darin liegt kein rechtlicher Widerspruch, weil die passivlegitimierte öffentlich-rechtliche Körperschaft nur durch ihre zuständigen Organe handeln kann, somit durch sie bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen repräsentiert wird».

⁽³⁷¹⁾ Analogamente, per quanto riguarda lo *Zwangsgeld* in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare infungibili, *OLG Köln*, 5.3.1982: «§ 888 *ZPO* macht die Verhängung eines Zwangsmittels zwar von einem Antrag des Gläubigers abhängig, aber in diesem Antrag brauchen weder Beugemaß noch Beugemittel bezeichnet zu werden, weil beides im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht».

parte del ricorrente, dichiarerà con ordinanda la cessazione della materia del contendere, provvedendo anche in ordine alle spese di procedura⁽³⁷²⁾.

Diversamente, ravvisata l'insussistenza di alcuna concreta esigenza di tutela da parte del ricorrente, rigetterà, sempre con ordinanza, l'istanza *ex* § 172 *VwGO*, in quanto inammissibile⁽³⁷³⁾.

Conviene, inoltre, precisare che laddove l'atto introduttivo della procedura di esecuzione miri a piegare la resistenza della p.a. in ordine all'emissione di un provvedimento amministrativo nei confronti di un terzo – come ad esempio un ordine di cessazione dei lavori nei confronti del proprietario confinante, a seguito del vittorioso esperimento di un'azione in materia di vicinato ("*Nachbarklage*") – quest'ultimo non è necessario che venga chiamato in causa, anche laddove fosse stato precedentemente evocato nel processo di cognizione sulla questione principale.

Ciò, in quanto il giudice si è già pronunciato su di essa con sentenza passata in giudicato.

Quindi, cristallizzatosi ormai l'obbligo della p.a. in tal senso, il presumibile sbocco della procedura di cui al § 172 *VwGO*, sarà proprio il rilascio del provvedimento predetto⁽³⁷⁴⁾.

Tuttavia, per verificare la compiuta esecuzione della pronuncia da parte della p.a., il giudice dell'esecuzione, nell'esercizio dei suoi poteri cognitori, potrà procedere all'interpretazione della sentenza da eseguire, in modo tale da accertare l'estensione dell'obbligo di provvedere. In questo caso, verrebbero inevitabilmente toccati anche gli interessi del terzo pregiudicato dal provvedimento, cosicché qualora la p.a. dovesse contestare la necessità di dover dar luogo ad un'attività esecutiva nei termini pretesi dalla controparte, dovrebbe essere data la possibilità al terzo controinteressato, attraverso la

⁽³⁷²⁾ Sulla liquidazione delle spese nell'ambito della procedura *ex* § 172 *VwGO*, cfr. *BayVGH*, 17.3.1977, in *BayVBl* 1977, 668.

⁽³⁷³⁾ Cfr. *OVG Münster*, 20.2.1992, in *NVwZ-RR* 1992, 518.

⁽³⁷⁴⁾ Cfr. *OVG Münster*, 31.8.1993, in *NVwZ-RR* 1994, 121: «*Keine notwendige Beiladung des bei einem öffentlichrechtlichen Nachbarstreit im Hauptsacheverfahren beigeladenen Bauherrn im Vollstreckungsverfahren gem. § 172 VwGO*».

sua chiamata in causa (*“einfache Beiladung”*)⁽³⁷⁵⁾, di contribuire ad un’interpretazione a lui favorevole del titolo esecutivo e, all’occorrenza, ad evitare il rilascio dell’atto in questione⁽³⁷⁶⁾.

Diversamente, per ottenere un chiarimento circa la portata dell’obbligo così come riconosciuto nel precedente processo, non gli rimarrebbe altra alternativa se non quella di impugnare il provvedimento, instaurando un autonomo gravame in contraddittorio con la p.a.⁽³⁷⁷⁾.

La procedura esecutiva avanti al tribunale di prima istanza – lo si è già anticipato - è scandita da tre distinte fasi⁽³⁷⁸⁾.

A) Diffida ad adempiere e minaccia di ammenda (*“Androhung des Zwangsgeldes”*)

Il § 172 primo alinea la prescrive come indispensabile fase procedimentale, diversamente da quel che accade con lo *Zwangsgeld* ex § 888 ZPO in punto di coazione indiretta degli obblighi di fare infungibili.

Il giudice dell’esecuzione, in forza del principio dispositivo che informa la procedura – salvo la fase finale della riscossione coattiva dell’importo, su cui si tornerà – è vincolato all’istanza della parte. L’utilizzo del termine *“kann”* con riferimento all’autorità giudiziaria competente non deve, infatti, far pensare che l’attivazione della procedura di coazione sia rimessa alla discrezionalità del giudice.

Soccorre, in tal caso, il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale spettante a ciascun soggetto, per cui il creditore, in presenza dei necessari presupposti, vanta un diritto

⁽³⁷⁵⁾ L’ipotesi della *“einfache Beiladung”* (chiamata in causa semplice) come disciplinata dal § 65/1 VwGO, si contrappone alla *notwendige Beiladung* (chiamata in causa necessaria), essendo sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del giudice e attiene a quelle situazioni in cui sia possibile, per il particolare rapporto che intercorre tra il terzo e, nel nostro caso, la p.a., che una decisione favorevole o sfavorevole a quest’ultima possa, di conseguenza, incidere positivamente o negativamente nella sfera giuridica del terzo medesimo; cfr. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 65, n. 8.

⁽³⁷⁶⁾ OVG Münster, 8.9.1992, in NVwZ 1993, 383;

⁽³⁷⁷⁾ Di questo avviso, OVG Münster, 31.8.1993, in NVwZ-RR 1994, 121.

⁽³⁷⁸⁾ Lo stesso avviene per il procedimento coercitivo in via amministrativa, allorché di tratti portare ad esecuzione coattiva un atto amministrativo secondo il VwVG.

all'esecuzione coattiva o, per dirla con la dottrina tedesca, un "diritto agli atti esecutivi"⁽³⁷⁹⁾.

In sostanza, l'utilizzo dell'espressione "*kann*" vuol semplicemente attirare l'attenzione sul fatto che il tribunale, a seguito dell'istanza creditoria, deve verificare, oltre alla ricorrenza dei generali presupposti per l'irrogazione dello *Zwangsgeld* (sentenza passata in giudicato o provvedimento cautelare, apposizione della formula esecutiva, notifica del titolo), se poteva ragionevolmente pretendersi l'adempimento dell'obbligo da parte dell'autorità, nel tempo trascorso dal passaggio in giudicato della sentenza⁽³⁸⁰⁾. Allorché il giudice pervenga alla conclusione che la p.a. avrebbe potuto, nel frattempo, dare seguito alla statuizione giudiziale, allora verrà emanata la diffida ad adempiere con cui viene, contestualmente, minacciata l'applicazione della penale.

Per converso, sono rimesse alla discrezionalità del giudice la determinazione dell'ammenda - entro il limite massimo di Euro diecimila - ed il termine concesso alla p.a. per dare esecuzione alla sentenza prima che scatti l'applicazione della penalità di mora.

La diffida, così come tutti i provvedimenti emessi dal tribunale in costanza di procedura, assumono la forma dell'ordinanza in ossequio al combinato disposto dei §§ 167/1 *VwGO* e 891 *ZPO*. Prima del rilascio del provvedimento succitato, deve essere ascoltato il debitore secondo quanto disposto di cui al § 891 *ZPO*, cui si deve rinviare sempre in base al § 167/1 *VwGO*⁽³⁸¹⁾.

Come più volte ripetuto, l'ordinanza che precede deve contenere la fissazione dell'importo della penale minacciata ed il termine entro il quale la p.a. possa ragionevolmente eseguire la decisione sino ad allora rimasta inosservata, evitando la successiva applicazione dello *Zwangsgeld*⁽³⁸²⁾.

⁽³⁷⁹⁾ Cfr., anche per interessanti spunti comparatistici in tema di *Zwangsgeld*, O. R. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, cit., 233, il quale rileva la differenza che intercorre, in tal senso, fra il sistema tedesco e quello francese, ove, al contrario, rientrerebbe nella discrezionalità del giudice la decisione di irrogare o meno l'*astreinte*.

⁽³⁸⁰⁾ Cfr. K. REDEKER, H.-J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 172, n. 5.

⁽³⁸¹⁾ Sull'applicabilità del § 891 *ZPO*, cfr. *BVerwG*, 30.8.1985, in *NJW* 1986, 1125.

⁽³⁸²⁾ Sulla discrezionalità in ordine alla fissazione del termine per adempiere cfr. *VGH Kassel*, 30.11.1988, in *NVwZ-RR* 1989, 453: «(...)Die Frist, innerhalb der dem säumigen Pflichtigen Gelegenheit zu geben ist,

Si è detto della misura massima dell'ammenda, che non può superare la soglia dei diecimila Euro (in passato duemila marchi). La misura minima ammontava a cinque marchi prima dell'entrata in vigore della moneta unica e, attualmente, è pari a cinque Euro (art. 6/1 primo alinea *EGStGB*).

La determinazione dell'importo deve essere, peraltro, guidata dal principio di proporzionalità e si dovrà tenere conto da un lato, dell'interesse del creditore all'esecuzione e, dall'altro, della perversità con la quale la p.a. si ostina a non ottemperare⁽³⁸³⁾. Il relativo provvedimento dovrà poi essere notificato alle parti ai sensi del § 56/1 *VwGO*.

B) L'applicazione dell'ammenda ("*Festsetzung des Zwangsgeldes*").

Decorso invano il termine di adempimento fissato dal giudice dell'esecuzione con la prima ordinanza, questi provvederà, su apposita istanza del creditore, ad irrogare in concreto la penale previamente precisata nel suo ammontare.

Si ritiene, per lo più, in dottrina, come non sia sufficiente formulare la richiesta di applicazione dell'ammenda nell'ambito dell'istanza introduttiva, finalizzata ad ottenere la diffida ad adempiere dietro minaccia di ammenda⁽³⁸⁴⁾.

Il provvedimento con il quale viene irrogato lo *Zwangsgeld* costituisce, a propria volta, titolo esecutivo ai sensi del § 168/1 nr. 1 *VwGO*, il quale deve essere notificato alla p.a. debitrice, prima che possa darsi luogo all'esecuzione coattiva della penale.

seiner Verpflichtung nachzukommen, kann durch Angabe eines Zeitpunktes oder eines Zeitraumes bestimmt werden (...)». Ove si tratti di osservare un obbligo di astensione da una certa attività, non deve essere fissato, all'evidenza, alcun termine, potendo l'obbligo essere rispettato e la sentenza eseguita da subito. Per quel che interessa le sentenze sul provvedimento di cui al § 172 *VwGO*, ciò potrà verificarsi laddove il privato abbia vittoriosamente esperito un'azione di obbligo (*Verpflichtungsklage*) con la quale si chiedeva la condanna della p.a. ad omettere, in futuro, il rilascio di un certo provvedimento.

⁽³⁸³⁾ Cfr. in dottrina P. SCHMIDT, in E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172 n. 2* e in giurisprudenza, *OVG NW*, 30.9.1992, in *NWVBl* 1993, 194.

⁽³⁸⁴⁾ Così, fra gli altri, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172, n. 45*. *Contra* K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172, n. 6*.

C) Esecuzione coattiva dell'ammenda (*“Vollstreckung des Zwangsgeld”*).

Il § 172 *VwGO* stabilisce, contrariamente al § 888 *ZPO*, ed in conformità al § 890 *ZPO*, che l'esecuzione coattiva dell'ammenda avviene d'ufficio, in deroga al principio di dispositivo.

La ragione di tale deroga risiederebbe nel fatto che, essendo l'importo della penale devoluto alle casse dello Stato e non già, si badi bene, al creditore, si reputava necessario, oltre che opportuno, che fosse proprio lo Stato ad occuparsi della sua riscossione⁽³⁸⁵⁾.

La procedura di esecuzione dell'ammenda di cui al § 172 *VwGO* non è disciplinata dal predetto testo normativo, diversamente da quel che accade con il *Sozialgerichtsgesetz* (*SGG*).

Il § 201/2 *SGG* rubricato *“Vollstreckung aus Verpflichtungsurteilen”*, in punto di esecuzione del credito pecuniario relativo all'ammenda irrogata nei confronti della pubblica autorità, richiama espressamente il § 200 *SGG* relativo all'esecuzione coattiva a favore della mano pubblica, disciplinata secondo le regole della legge sull'esecuzione amministrativa (*VwVG*).

Ad ogni modo, l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza ritiene applicabile all'esecuzione dello *Zwangsgeld* ex § 172 *VwGO*, il § 170 *VwGO* in tema di esecuzione contro la pubblica amministrazione per crediti pecuniari⁽³⁸⁶⁾.

⁽³⁸⁵⁾ Cfr. § 1 I nr. 3 *JBeitrO*: «*Ordnungs- und Zwangsgelder...soweit sie von Justizbehörden des Bundes einzuziehen sind*». In particolare, l'importo verrebbe introitato dalla cassa del tribunale competente (*Gerichtskasse*), essendo, dunque, devoluto all'amministrazione della giustizia; cfr. sul punto *BGH*, 2.3.1983, in *NJW* 1983, 1860: «*Da das Zwangsgeld nach § 888 ZPO ein Beugemittel ist, das den Schuldner zu der begehrten Leistung der unvertretbaren Handlung anhalten soll, unterscheidet es sich insoweit von den Ordnungsgeldern, die als Ahndung für Zuwiderhandlungen und damit als strafähnliche Maßnahmen verhängt werden. Diese als gewissermaßen justizeigene Ansprüche (...) von Amts wegen nach der Justizbeitragsordnung beigetrieben (...)*», nonché, in dottrina, per tutti, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, cit., 31, 183, 192, 197 che rileva come, diversamente dallo *Zwangsgeld*, l'*astreinte*, istituto di matrice romanistica invalso, in particolare, nel diritto francese, viene incamerata dal creditore, in ragione della sua natura risarcitoria.

⁽³⁸⁶⁾ In questi termini, P. SCHMIDT, in E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 172, n. 3; K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 172, n. 7; E. SCHUNK, H. DE CLERCK, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3. Aufl., Siegburg, 1977, sub § 172, n. 2 (e); E.- G. THOMAS, *Die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *BayVBl* 1967, 338; *OVG Lüneburg*, 17.3.1967, in *DVBl* 1969, 119. *Contra* R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 172, n. 47, il quale ritiene inapplicabile il § 170 *VwGO* trattandosi di norma ritagliata sull'esecuzione contro la mano pubblica per crediti pecuniari ad istanza del creditore. Inoltre,

Tuttavia, prima di procedere all'esecuzione coattiva dello *Zwangsgeld*, il tribunale è tenuto ad informare la p.a., in particolare l'autorità o i legali rappresentanti, nel caso di enti, istituti o fondazioni di diritto pubblico, della imminente esecuzione, sollecitandola ad evitarla entro un termine non superiore ad un mese, decorrente dalla notifica del titolo esecutivo⁽³⁸⁷⁾. A tal riguardo, si ritiene opportuno, nella prassi, concederle un termine adeguato per l'adozione delle necessarie misure; solo dopo il decorso di tale ulteriore lasso di tempo, si potrà procedere ai sensi del § 170/2 *VwGO*⁽³⁸⁸⁾.

Decorso inutilmente il termine di trenta giorni di cui al § 170/2 *VwGO*, il tribunale provvede con ordinanza a disporre le misure esecutive da adottare nella fattispecie. La relativa scelta è rimessa al tribunale che determina quali beni della p.a. debbano essere aggrediti, mobili o immobili, nonché se si debba procedere all'iscrizione di ipoteca di garanzia (*"Sicherungshypothek"*) ovvero direttamente alla vendita all'asta della *res*⁽³⁸⁹⁾.

L'organo competente ad adottare le predette misure sarà: l'ufficiale giudiziario, ai sensi del § 753/1 *ZPO*, in caso di pignoramento di beni mobili; il conservatore dei registri immobiliari oppure la pretura, rispettivamente per il caso di iscrizione ipotecaria e di vendita all'incanto (*"Zwangsversteigerung"*); direttamente il tribunale, quale giudice dell'esecuzione, nel caso di pignoramento di crediti o di altri diritti patrimoniali, per cui

ritiene inopportuno, dopo l'esaurimento, senza successo della procedura *ex* § 172 *VwGO*, dove già veniva concesso un termine all'autorità per sottrarsi all'irrogazione dell'ammenda, applicare il § 170/2 *VwGO* laddove prescrive al tribunale, prima di disporre concretamente la misura esecutiva ivi prevista, di informare l'autorità della prevista esecuzione, invitandola nuovamente ad evitarla entro un termine non superiore ad un mese. Si tratterebbe, infatti, di un passaggio ultroneo che si risolverebbe in un ulteriore inutile dispendio di tempo (così, in particolare, W. MIEDTANK, *Die Zwangsvollstreckung*, cit. 124 ss.). Per tale ragione, il § 201 *EVwPO* prevede che l'esecuzione deva avvenire secondo la disciplina del *Justizbeitrungsordnung*, in particolare § 1/1 nr. 3 e 1/2.

⁽³⁸⁷⁾ Deve intendersi, attraverso il pagamento spontaneo dell'ammenda: cfr. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *VwGO*, cit., sub § 170, n. 5. Peraltro, stabilisce il § 170/5 *VwGO* l'avviso dell'esecuzione e l'osservanza di un periodo di attesa non sono necessari in caso di esecuzione di un provvedimento provvisorio (§ 123 *VwGO*).

⁽³⁸⁸⁾ Secondo *BVerfG*, 5.3.1991, in *NJW* 1991, 2758, nell'ambito di un'esecuzione forzata contro la Repubblica federale, è del tutto inappropriata l'applicazione di misure esecutive in concreto, prima che siano trascorse sei settimane dalla notifica del titolo esecutivo.

⁽³⁸⁹⁾ Cfr. K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 170, n. 8.

non vi sarebbe necessità dell'invito "all'organo competente" di cui al § 170/1 secondo alinea *VwGO*⁽³⁹⁰⁾.

L'esecuzione, sarà, in ogni modo, inammissibile in relazione a beni essenziali per l'adempimento di pubbliche funzioni o alla cui alienazione si contrapponga un pubblico interesse⁽³⁹¹⁾. Per beni essenziali si intendono quei beni la cui vendita all'asta comporterebbe un notevole pregiudizio ai bisogni dei cittadini o al buon andamento della pubblica amministrazione⁽³⁹²⁾.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che nel caso in cui l'amministrazione ottemperi alla sentenza dopo l'applicazione dell'ammenda, ma prima che questa venga riscossa, quest'ultima sarà inammissibile, in ossequio a quanto disposto dal § 15/3 *VwVG*⁽³⁹³⁾ applicabile analogicamente alla fattispecie, secondo cui la procedura deve avere termine, allorché lo scopo sia stato raggiunto, tenuto conto della natura dello *Zwangsgeld* quale mero mezzo di coazione psichica⁽³⁹⁴⁾.

Altra parte della dottrina respinge, invece, quest'ultima impostazione, muovendo dal principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 19/4 *GG* e ritenendo, di conseguenza, che il termine ultimo per evitare l'applicazione e la conseguente riscossione

⁽³⁹⁰⁾ F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 170*, n. 4, ritengono, tuttavia, che l'organo competente, ove l'esecutato sia una autorità pubblica in senso proprio ai sensi del § 61 nr. 3, si ricavi dalla legge in materia di esecuzione amministrativa (*VwVG*), in particolare dal § 4; (p.es., sarà competente per il pignoramento di cose mobili, un organo dell'amministrazione delle finanze). Diversamente, verrà individuato secondo le norme del codice di procedura civile.

⁽³⁹¹⁾ Sulle eventuali eccezioni di impignorabilità, deciderà il tribunale, con ordinanza, sentita la competente autorità di vigilanza o, nel caso di massime autorità federali o dei *Länder*, del Ministro competente: cfr. § 170/3 secondo alinea *VwGO*.

⁽³⁹²⁾ Cfr. K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 170*, n. 10 i quali precisano, nondimeno, come per beni alla cui alienazione sia di ostacolo un pubblico interesse devono intendersi beni di valore storico-artistico, come biblioteche, archivi, tesori d'arte, ma anche, all'evidenza, beni come parchi, centri sportivi e lidi, strade, ponti, aeroporti ecc., insomma tutti quei beni per i quali nemmeno si pone la domanda se siano essenziali.

⁽³⁹³⁾ «*Der Vollzug ist einzustellen, sobald sein Zweck erreicht ist*».

⁽³⁹⁴⁾ In questi termini, R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARBMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172*, n. 50, K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit., sub § 172*, nt. 7. In giurisprudenza, propendono per questa soluzione, per cui l'ammenda non deve essere portata ad esecuzione laddove l'attività della p.a. sia stata posta in essere in ritardo, perché dopo il decorso del termine di cui al provvedimento di minaccia, ma prima dell'applicazione o comunque della riscossione coattiva dell'importo, *VGH München*, 10.11.1998 e *OVG Berlin*, 4.11.1998, in *NVwZ-RR* 1999, 410, 411.

della penale, sia quello fissato dal tribunale con il provvedimento iniziale con cui viene minacciata l'irrogazione dell'ammenda nei confronti della p.a.⁽³⁹⁵⁾.

Conformemente a tale principio, nonostante lo *Zwangsgeld* non sia uno strumento sanzionatorio, ma di coercizione mediata, deve ritenersi che anche un'esecuzione pienamente efficace sia da annoverarsi fra i mezzi di tutela effettiva a disposizione del cittadino.

Oltretutto, si aggiunge, la tutela, per essere effettiva, non può che essere tempestiva, di tal che le prescrizioni in materia di esecuzione forzata, così come quelle di cui al § 172 *VwGO*, dovrebbero essere interpretate nel senso che l'autorità non può omettere né, tantomeno, ritardare l'adempimento di un obbligo giudizialmente riconosciuto, cui essa deve ottemperare; diversamente, se fosse consentito alla p.a. di sottrarsi all'applicazione dell'ammenda, dando esecuzione alla sentenza anche oltre il termine di cui alla preventiva diffida, il rimedio dello *Zwangsgeld* verrebbe svuotato di significato⁽³⁹⁶⁾.

Da ultimo, conviene ricordare che l'ammenda può essere ripetutamente minacciata, applicata e portata ad esecuzione, fin tanto che la sentenza non sia stata compiutamente eseguita dall'autorità⁽³⁹⁷⁾.

Il fondamentale presupposto per la reiterazione della procedura risiederebbe, secondo parte della dottrina, nell'insuccesso della precedente minaccia di ammenda, conformemente a quanto disposto dal § 13/6 secondo alinea *VwVG*, in modo tale che per la rinnovazione del meccanismo di coercizione indiretta sarebbe sufficiente il decorso del termine di adempimento concesso con il primo provvedimento della serie, cioè quello emesso a fronte dell'istanza introduttiva, senza necessità di attendere l'avvenuta riscossio-

⁽³⁹⁵⁾ Cfr. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub 172, n.6b.

⁽³⁹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁷⁾ Così, conformemente, il § 13/6 primo alinea *VwVG*: «Die Zwangsmittel können (...) angedroht und so oft wiederholt (...) bis die Verpflichtung erfüllt ist». La possibilità di ripetutamente attivare la procedura esecutiva di cui al § 172 *VwGO* contraddistingue lo *Zwangsgeld* come mezzo di coazione indiretta dai rimedi a carattere sanzionatorio o punitivo che sono sottoposti al divieto del *ne bis in idem* di cui all'art. 103/3 *GG*.

ne della (prima) penale; in questo modo, il privato potrebbe, unitamente all'istanza per l'applicazione della prima penale, proporre una nuova domanda di diffida⁽³⁹⁸⁾.

Per converso, altro orientamento ritiene necessario attendere l'esaurimento dell'intera procedura *ex* § 172 *VwGO* – quindi anche l'esecuzione contro la mano pubblica per il credito da ammenda – prima di poterne attivare un'altra⁽³⁹⁹⁾

4. I mezzi di tutela esperibili dalle parti

I provvedimenti del giudice dell'esecuzione relativi alla minaccia (*Androhung*) ed applicazione dello *Zwangsgeld* (*Festsetzung*), possono essere eventualmente impugnati con ricorso ai sensi del § 146 *VwGO* ("*Beschwerde*") entro due settimane dalla loro notifica, di regola davanti al tribunale amministrativo di grado intermedio (*Oberverwaltungsgericht*).

In tal caso, l'impugnativa proposta dalla p.a. avverso l'ordinanza applicativa dell'ammenda, comporterà l'automatica sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento⁽⁴⁰⁰⁾.

Allo stesso modo, il privato potrà avvalersi del medesimo mezzo di gravame nel caso in cui il tribunale rigetti, sempre con ordinanza, l'istanza volta ad ottenere la minaccia o l'irrogazione della penale⁽⁴⁰¹⁾.

Con il suddetto rimedio possono essere fatti valere solamente vizi formali ("*formelle Einwendungen*") della procedura esecutiva, cioè il mancato rispetto delle regole di disciplina della stessa⁽⁴⁰²⁾.

⁽³⁹⁸⁾ Cfr. R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 49, che opportunamente rilevano come il privato non sia in grado di conoscere il momento in cui avviene la riscossione, che viene assolta d'ufficio; cfr. anche *OVG Koblenz*, 13.1.1988, in *NVwZ* 1988, 652: "*Eine weitere Zwangsgeldandrohung ist rechtswidrig, wenn nicht aufgrund der vorherigen Androhung des Zwangsgeld beigetrieben bzw. Beizutrieben versucht wurde*".

⁽³⁹⁹⁾ Così, K. REDEKER, H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 7; W. MIEDTANK, *Zwangsvollstreckung, cit.*, 125; C. H. ULE, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., 1962, 525.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cfr. R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *VwGO, cit.*, sub § 172, n. 52.

⁽⁴⁰¹⁾ Per un caso di impugnativa avente ad oggetto il provvedimento di reiezione di un'istanza introduttiva del procedimento di esecuzione, cfr. *VGH Mannheim*, 20.12.1991, in *NVwZ* 1993, 73.

⁽⁴⁰²⁾ Cfr. R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ARMANN, R. PIETZNER, *VwGO, cit.*, sub § 167, n. 5.

Avverso la decisione sul predetto ricorso non è dato alcun ulteriore mezzo di tutela, conformemente a quanto stabilito dal § 152/1 *VwGO*⁽⁴⁰³⁾.

Diversamente, ove sia in contestazione da parte della p.a. il diritto stesso di procedere ad esecuzione forzata da parte del privato, potrà essere introdotto ricorso per opposizione all'esecuzione ai sensi del § 167/1 *VwGO* in combinato disposto con il § 767 *ZPO* (*Vollstreckungsabwehrklage* o *Vollstreckungsgegenklage*)⁽⁴⁰⁴⁾.

Scopo di siffatto rimedio è quello di elidere l'efficacia esecutiva del titolo, non potendo, chiaramente, essere rimesso in discussione il giudicato.

A questo riguardo, il § 767/2 *ZPO* prescrive che possano essere fatte valere solamente quelle eccezioni che si fondino su circostanze sopravvenute all'udienza per la discussione della causa, nell'ambito del processo di cognizione (*"Vorverfahren"*).

Inoltre, la p.a. dovrà sollevare tutte le eccezioni deducibili al momento dell'opposizione (cfr. § 767/3 *ZPO*)⁽⁴⁰⁵⁾. Potrà, per esempio, far valere una sopravvenuta modifica della situazione di fatto o di diritto rispetto a quella sulla quale è sceso il giudicato, così come il sopravvenuto adempimento dell'obbligo da esso discendente⁽⁴⁰⁶⁾.

Competente a giudicare dell'opposizione è il tribunale di prima istanza.

⁽⁴⁰³⁾ «Entscheidungen des Oberverwaltungsgericht können vorbehaltlich des § 99 Abs. 2 und des § 133 Abs. 1 dieses Gesetzes sowie des 17 a Abs. 4 Satz 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht amgefochten werden».

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. § 767/1 *ZPO*: «Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen». È pacificamente esclusa la possibilità di contestare con la mera *Beschwerde* ai sensi del § 146 *VwGO* il diritto del creditore al rilascio di un provvedimento, come consacrato in una sentenza passata in giudicato. Il rimedio predetto, infatti, a differenza della *Vollstreckungsgegenklage*, culmina con l'emissione di un'ordinanza inoppugnabile da parte del giudice dell'esecuzione, il quale può solamente verificare la sussistenza di tutti i presupposti, generali e specifici della procedura *ex* § 172 *VwGO* e, al limite, verificare e fissare l'ambito oggettivo del titolo messo in esecuzione, ove sorgano contestazioni in ordine alla sua effettiva portata.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cfr. § 767/3 *ZPO*: «Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen gestendo machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war».

⁽⁴⁰⁶⁾ Per esempio, potrà essere fatta valere con la *Vollstreckungsgegenklage* l'entrata in vigore di un nuovo piano regolatore in contrasto con il permesso di costruire al cui rilascio la p.a. veniva condannata con sentenza di adempimento (*Verpflichtungsurteil*) passata in giudicato: così, *BVerwG* 26.10.1984, in *NVwZ* 1985, 563, il quale precisa che fin tanto che non venga rilasciato il titolo autorizzativo, il giudicato avente ad oggetto il riconoscimento della relativa pretesa non è al riparo da eventuali sopravvenienze di diritto, a differenza di ciò che accade nel diritto civile ove è sempre irrilevante il mutamento del quadro normativo entro il quale dovrebbe essere eseguito il giudicato. Un'interessante rassegna di casi riconducibili all'ambito applicativo del § 767 *ZPO*, è offerta da R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. ARBMAN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 54 e *ivi* n. 56.

Non è contemplata la sospensione automatica degli effetti esecutivi del titolo, come per il caso della *Beschwerde*, cosicché la procedura introdotta ai sensi del § 172 *VwGO* potrà proseguire nonostante l'incidente di esecuzione.

Per paralizzare, almeno provvisoriamente detta procedura, la p.a. può proporre istanza ai sensi del § 769 *VwGO*, al medesimo giudice dinanzi al quale pende la *Vollstreckungsgegenklage*, al fine di ottenere l'emissione di un'ordinanza di sospensione dell'esecuzione coattiva (*Zwangsvollstreckung*), fin tanto che non venga deciso sull'opposizione medesima. La sospensiva verrà concessa, eventualmente dietro rilascio di idonea garanzia da parte dell'amministrazione, qualora l'opposizione appaia fondata ad una prima sommaria delibazione⁽⁴⁰⁷⁾.

In difetto di sospensione della procedura esecutiva, quest'ultima andrà avanti sino al passaggio in giudicato della eventuale sentenza di accoglimento della domanda formulata ai sensi del § 767 *ZPO*⁽⁴⁰⁸⁾.

Quindi, a seguito del vittorioso esperimento dell'opposizione, la p.a. potrà ottenere la restituzione dell'importo corrisposto *medio tempore* a titolo di ammenda.

5. Il rapporto fra lo *Zwangsgeld* ed il risarcimento del danno da violazione del giudicato

Una delle peculiarità del sistema tedesco di coercizione indiretta, è rappresentata dalla integrale devoluzione alle casse dello Stato delle somme di cui alle ammende.

La differente impostazione che vuole, per converso, che gli importi vengano di volta in volta incamerati dal privato, viene abbracciata dai paesi «*des romanischen Rechtskreises*»

⁽⁴⁰⁷⁾ Cfr. H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung, cit.*, sub § 769, n. 8.

⁽⁴⁰⁸⁾ Cfr. F. O. KOPP, W.- R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung, cit.*, sub § 172, n. 8, nonché, in giurisprudenza, fra le tante, *VGH Mannheim*, 14.5.1992, in *NVwZ-RR* 1993, 447: «*Die Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage führt nicht zur Unzulässigkeit der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil. Unzulässig wird die Vollstreckung vielmehr erst dann, wenn das Prozeßgericht der Klage stattgeben hat und die Entscheidung rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar ist*».

che, come la Francia, hanno subito le influenze del diritto romano, in cui vi era una commistione fra l'*astreinte* ed il risarcimento del danno⁽⁴⁰⁹⁾.

A sostegno di quest'ultima soluzione si sono alternativamente addotti diversi argomenti.

In primo luogo si è affermato che la destinazione delle somme a favore del privato rafforzerebbe l'effetto di coazione morale del rimedio in parola, atteso che il debitore, contestualmente ad una *deminutio* del suo patrimonio, vedrebbe incrementarsi quello dell'avversario, che otterrebbe così soddisfazione a sue spese; per converso, ove, per esempio, la controparte del ricorrente vittorioso fosse un'amministrazione statale, sarebbe un vero e proprio non senso che l'*astreinte* per omesso o ritardato adempimento del giudicato venisse incamerata proprio da chi si è reso responsabile del predetto illecito comportamento.

Inoltre, anche il giudice subirebbe, per mezzo di tale soluzione, un positivo condizionamento. Infatti, nella misura in cui gli importi via via erogati vengono introitati dal privato, il giudice utilizzerà *cum grano salis* il potere di applicare tali misure patrimoniali, evitando accuratamente di incorrere in decisione manifestamente inique o, comunque, eccessivamente severe per il debitore.

Diversamente, ove fossero le casse dello Stato a beneficiare della penale, potrebbe radicarsi la tendenza ad irrogare sanzioni pesanti, in considerazione, oltretutto, del fatto che gli importi andrebbero ad alimentare le casse pubbliche e, in particolare, per quel che riguarda la Germania, la *Gerichtskasse*⁽⁴¹⁰⁾.

In ogni modo, l'impostazione che vuole il creditore e non lo Stato beneficiario delle somme in questione, è stata fortemente criticata in ragione del fatto che, avendo il ricorrente vittorioso la possibilità di agire in via risarcitoria per il caso di ritardata od omessa

⁽⁴⁰⁹⁾ Cfr. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, cit., 196. In ogni modo i due istituti rimangono ben differenziati, essendo *astreinte* e risarcimento del danno rimedi cumulabili.

⁽⁴¹⁰⁾ Sul punto cfr. diffusamente, O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, cit., 198.

esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione, attribuire al privato anche l'importo di cui alla penale, vorrebbe dire arricchirlo ingiustificatamente⁽⁴¹¹⁾.

Lo *Zwangsgeld* quale mezzo di coazione indiretta basata su di un meccanismo di pressione psicologica (*Beugemittel*) si trasformerebbe in una sorta di pena privata⁽⁴¹²⁾.

Convieni, poi, aggiungere che la soluzione seguita in Francia, presenterebbe lo svantaggio di rendere incerti i confini fra lo *Zwangsgeld* ed il risarcimento del danno.

Sicché, mentre l'associazione fra i due istituti pregiudicherebbe l'effetto di coazione che è proprio dell'ammenda *ex* § 172 *VwGO*, la possibilità di cumularli consentirebbe al creditore di ricevere troppo.

Da ultimo, si osserva, la destinazione dello *Zwangsgeld* alle casse dello Stato sarebbe ulteriormente funzionale a garantire il rispetto delle decisioni giurisdizionali e, quindi, il prestigio dell'amministrazione della giustizia.

Detto della scelta del sistema tedesco di optare per quest'ultima soluzione, sembrerebbe assumere notevole rilievo la possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti della p.a., al fine di ottenere un ristoro dei danni conseguenti alla violazione del giudicato da parte della stessa.

In concreto, in ragione dell'eseguità dei casi di inottemperanza al giudicato da parte delle pubbliche amministrazioni tedesche, sono, consequenzialmente, infrequenti anche i casi di attivazione del rimedio risarcitorio.

⁽⁴¹¹⁾ La stessa dottrina francese, ha ironicamente affermato che la soluzione del creditore come beneficiario delle somme, costituirebbe "un regalo per la parte vittoriosa nel processo" (cfr. P. JULIAN, *L'indispensable accélération de la justice civile*, Paris 1958, in *Annales de l'Université de Lyon, troisième série, droit, fascicule 18*, 48, 171 «*Cette sanction pécuniaire...est un cadeau pour la partie gagnante au procès*»), servirebbe ad "appagare la sua sete di vendetta" (F. LLORENS, *Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public (Commentaire de la loi no. 80-539 du 16 juillet 1980*, in *Annal. Univ. sc. soc. Toulouse* 29 (1981), 191: «*C'est satisfaire la soif de vengeance du justiciable ou son goût de la vindicte*»), renderebbe il ricorso al giudice una "professione molto redditizia" (P. JULIAN, *Accélération*, cit. 171: «*...ester en justice pourrai même devenir une profession fort rémunératrice*»), sarebbe la c.d. "gallina dalle uova d'oro" (J. BORÉ, *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, I, in *Études de droit privé, de droit public et de droit comparé*, Paris 1975, 299: «*On peut craindre aussi que l'astreinte ne devienne une poule aux oeufs d'or, ché rie du créancier...*»).

⁽⁴¹²⁾ Cfr. B. GROßFELD, *Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt a.M., Berlin, 1961, 12-15.

È, dunque, appena il caso di tratteggiarne, a grandi linee, la disciplina, che è poi quella valevole per tutte le ipotesi di responsabilità della p.a. per i danni cagionati nell'esercizio dei propri doveri d'ufficio⁽⁴¹³⁾.

Due sono le norme fondamentali in materia: l'art. 34 del *Grundgesetz* e il § 839 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, le quali vanno lette in combinato disposto⁽⁴¹⁴⁾.

Per quanto attiene all'illecito extracontrattuale, cui deve essere ricondotta sotto il profilo qualificatorio, la responsabilità dell'amministrazione nell'esercizio di una pubblica funzione, il codice civile contiene, appunto, un articolo espressamente dedicato ai danni cagionati dai pubblici funzionari.

A mente del primo comma del § 839 *BGB* i danni causati intenzionalmente o con negligenza, in violazione di un dovere del funzionario (*Amtspflicht*) vengono integralmente risarciti da esso. Aggiunge la norma che se si tratta di mera negligenza, la responsabilità del funzionario potrà essere invocata in via sussidiaria, cioè solamente laddove non vi sia un'altra via per ottenere il risarcimento, per esempio per contratto, legge o in base al sistema di assicurazione sociale⁽⁴¹⁵⁾.

Per converso, l'art. 34 della *Grundnorm*, trasferisce la responsabilità sulla pubblica autorità da cui il funzionario dipende⁽⁴¹⁶⁾, salvo il regresso nei casi di dolo e colpa grave⁽⁴¹⁷⁾ e radica in capo al giudice ordinario la giurisdizione per le azioni di responsabilità nei confronti del potere pubblico.

⁽⁴¹³⁾ Sulla responsabilità della p.a., cfr., fra gli altri, nella letteratura tedesca, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 378 ss.; S. DETTERBECK, K. WINDTHORST, H-D SPROLL, *Staatshaftungsrecht*, München, 2000, § 9, 49 ss.; F. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 5 Aufl. München, 1998, 42 ss.;

⁽⁴¹⁴⁾ S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 379.

⁽⁴¹⁵⁾ Cfr. U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, in D. SORACE (a cura di) *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994, 140.

⁽⁴¹⁶⁾ Cfr. J. ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in Atti LIV Convegno di Varenna, Milano, 2009, 64-65, il quale afferma che «l'articolo 839 BGB codificando il diritto giurisprudenziale che si era sviluppato sulla base del codice prussiano, aggancia la responsabilità del funzionario – e, quindi, della pubblica amministrazione – a una nozione specificamente pubblica di “dovere d'ufficio” (*Amtspflicht*) nei confronti dei terzi. È il danno dovuto a una lesione di un “dovere d'ufficio” a far scattare la responsabilità del pubblico ufficiale, trasferita sulla persona pubblica sulla base della clausola rilevante della costituzione».

⁽⁴¹⁷⁾ Ciò per essere sicuri che i funzionari non abusino dell'immunità della responsabilità personale loro garantita (Cfr. U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, cit. 132).

Infatti, l'art. 34 *GG* stabilisce, al terzo alinea, con riferimento al diritto al risarcimento e al diritto di rivalsa, che non può mai essere esclusa l'azione di fronte alla giurisdizione ordinaria⁽⁴¹⁸⁾.

⁽⁴¹⁸⁾ Conformemente al § 71/2, nr. 2 *GVG* competente in prima istanza è il tribunale (*Landesgericht*). Sul punto, cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 404.

PARTE III

MODELLI A CONFRONTO

CAPITOLO I

LE SOLUZIONI ADOTTATE IN ITALIA, GERMANIA E FRANCIA

1. Le soluzioni adottate in Italia e Germania: le misure volte a prevenire

l'inottemperanza

Si è detto, nel corso della presente trattazione, che molti dei casi di inosservanza delle sentenze del giudice amministrativo non sono dettati da una volontà deliberata di riconoscere l'autorità della cosa giudicata, bensì alle oggettive difficoltà che la p.a. incontra nell'eseguire le sentenze, difficoltà tanto più evidenti, quanto più indeterminati appaiono gli obblighi enunciati nelle statuizioni giurisdizionali e quanto più tempo intercorre fra l'emissione del provvedimento impugnato ed il suo definitivo annullamento.

In questi casi, mentre, da un lato, risulta difficile, se non impossibile, cancellare completamente la situazione creata da una decisione annullata, dall'altro, gli obblighi della p.a. appaiono sovente imprecisi, al punto che la stessa non sa come adempiere.

Sotto entrambi i profili, abbiamo visto come il legislatore tedesco abbia approntato efficaci misure volte a prevenire l'inottemperanza o, comunque, ad incentivare la spontanea esecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'amministrazione.

In particolare, quanto alle difficoltà di rimuovere completamente la situazione creata da una decisione annullata – in considerazione del fatto che se l'atto caducato è stato portato ad esecuzione nell'arco di tempo che va dalla pronuncia alla sua eliminazione, non è facile porre in non cale gli eventi che si sono prodotti *medio tempore* – il legislatore tedesco ha previsto un'applicazione generalizzata della tutela interinale per i ricorrenti, differenziata a seconda del tipo di atti che vengono in rilievo.

Ove si tratti di provvedimenti amministrativi sacrificativi è prevista la sospensione automatica della loro efficacia esecutiva, conseguentemente alla proposizione dell'azione di

impugnazione ovvero del ricorso amministrativo (*Wiederspruch*) che ne costituisce la premessa obbligatoria.

In caso di decisioni amministrative di segno negativo, cioè di atti che rifiutano di concedere il vantaggio richiesto, la tutela del ricorrente è garantita dalla possibilità per il giudice di emettere ordinanze cautelari a contenuto positivo, ai sensi del § 123 *VwGO*, anche anteriormente al ricorso in modo da assicurare al privato – seppur provvisoriamente – quelle utilità che, diversamente, al tempo di una eventuale sentenza favorevole definitiva, potrebbero non essere più concretamente ottenibili a causa di sopravvenute modificazioni della situazione di fatto.

Quanto alla circostanza che, in linea tendenziale, la p.a. potrebbe non sapere come ottemperare, a causa della vaghezza degli obblighi rinvenienti nella statuizione giurisdizionale, il diritto tedesco ha cercato di fronteggiare il problema, enucleando un sistema di azioni particolarmente ricco cui collegare pronunce in grado di facilitare l'attività esecutiva della p.a. soccombente, di adeguamento della situazione di fatto alla *regula iuris* del caso concreto, attraverso, in particolare, l'emersione di veri e propri poteri direttivi del giudice.

A tale stregua, come visto, soccorre il modello dell'articolazione delle azioni – di impugnazione, con possibilità di richiedere al g.a. l'indicazione sul come rimuovere l'esecuzione in caso di annullamento di atto già eseguito (*Vollzugsfolgenbeseitigungsurteil*), di accertamento e, soprattutto, dichiarativa dell'obbligo di emanare un certo provvedimento nella forma della *Verpflichtungsklage* – che, coinvolgendo il giudice della cognizione nel chiarimento della portata operativa decisione, ottengono, appunto, una particolare presa sul comportamento successivo dell'amministrazione, consentendole di percepire esattamente le modalità di esecuzione del *dictum iudicis*.

Più nel dettaglio, si è detto che l'azione esperita al fine di ottenere il rilascio di un titolo in caso di illegittimo rifiuto o silenzio della p.a. determina, in genere, ove si verta in tema di potere discrezionale, l'ingiunzione del tribunale all'autorità amministrativa, di provvedere in ossequio alla concezione giuridica enucleata in sentenza da esso giudice. Allorquando, poi, i fatti vengano completamente chiariti e la riserva amministrativa non

sia in alcun modo incisa – quindi, nel caso di attività vincolata oppure in cui vi sia un solo modo di esercitare legittimamente il potere discrezionale (*Ermessenreduktion auf Null*) – la sentenza di cognizione può anche ordinare all'autorità di emanare un provvedimento che abbia un determinato contenuto. «*Nel quadro di questa azione in occasione dell'emissione di un atto amministrativo, la portata della sentenza è perfettamente chiara e non solleva quindi difficoltà di applicazione*»⁽⁴¹⁹⁾.

Nell'ambito delle azioni di impugnazione (o annullamento), le difficoltà di esecuzione sono ridimensionate, a fronte della possibilità per il ricorrente di richiedere al g.a., congiuntamente all'annullamento del provvedimento gravato, di ordinare alla pubblica amministrazione l'eliminazione con effetti *ex tunc* delle conseguenze di fatto derivanti dall'intervenuta esecuzione dell'atto in contestazione, *id est* in quei casi eccezionali in cui l'azione non sortisca alcun effetto sospensivo⁽⁴²⁰⁾.

Il sistema italiano, dal punto di vista di quelle che abbiamo definito “misure preventive” del rischio di inottemperanza, appare, invece, allo stato e, comunque, nell'ottica di un raffronto con quello tedesco, meno incisivo.

Dal punto di vista della tutela interinale, dobbiamo sin qui registrare oltre all'assenza di un'automatica sospensione degli effetti esecutivi del provvedimento stigmatizzato con ricorso giurisdizionale, che può essere ottenuta solo per il tramite di una apposita pronuncia su istanza del ricorrente⁽⁴²¹⁾, la contestuale mancanza di possibilità di ottenere una tutela cautelare *ante causam* – benché l'art. 44, comma 2, lett. f), legge n. 69 del 2009, deleghi, fra l'altro, il Governo, nell'ambito di un generale riassetto del sistema di giustizia amministrativa, al riordino della tutela cautelare, «*anche generalizzando quella ante*

⁽⁴¹⁹⁾ Così osserva M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco*, cit., 531.

⁽⁴²⁰⁾ Nei casi previsti dalla legge o in virtù di una particolare decisione dell'autorità amministrativa ai sensi del § 113/2 *VwGO*.

⁽⁴²¹⁾ La sospensione presuppone, da un lato, la sussistenza del c.d. *fumus boni iuris* della interposta impugnativa e, dall'altro, che l'esecuzione dell'atto comporti per il ricorrente il pericolo di danni gravi ed irreparabili (c.d. *periculum in mora*). Una siffatta domanda integra una questione incidentale, prospettabile sia nell'ambito di una lite già pendente, successivamente o congiuntamente al ricorso di merito e la forma della pronuncia giudiziale, è l'ordinanza, cui possono essere apposte restrizioni, condizioni, oneri.

causam»⁽⁴²²⁾ – potendo il decreto cautelare presidenziale di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR, com'è noto, essere emanato solo quando il ricorso di merito sia stato previamente notificato e depositato⁽⁴²³⁾.

Sotto il concorrenziale profilo della determinazione degli effetti delle sentenze, volti a chiarire la portata degli obblighi della p.a., la giurisdizione di legittimità è, tutt'ora, ancorata alla tradizionale azione di annullamento, perlomeno sino all'attuazione della delega succitata nella misura in cui, all'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4, si stabilisce che vengano disciplinate le azioni e le funzioni del giudice «*prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*»⁽⁴²⁴⁾, mentre la rimozione delle conseguenze di fatto correlate all'esecuzione dei provvedimenti non sospesi, è riconducibile agli obblighi ripristinatori discendenti dal giudicato amministrativo, se del caso azionabili, nel caso di mancato spontaneo ripristino dello *status quo antea*, in sede di ottemperanza.

Occorre, tuttavia, precisare che l'introduzione da parte della legge n. 205 del 2000 di uno specifico strumento a tutela del privato contro il silenzio-inadempimento – nell'ambito del quale, a seguito delle innovazioni apportate dalla legge n. 80 del 2005, il g.a. può conoscere della fondatezza dell'istanza – unitamente alla progressiva trasforma-

⁽⁴²²⁾ In particolare, l'art. 44, comma 1, l. n. 69 del 18 giugno 2009 (Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo), stabilisce che: «*il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele*». Conviene, peraltro, ricordare come sotto la spinta del diritto comunitario, il è stata introdotta la tutela cautelare *ante causam* limitatamente al settore degli appalti pubblici ad opera dell'art. 245 d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici). Per una disamina dell'influenza che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sortito sul dibattito nazionale in punto di tutela cautelare, cfr. E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 69 ss.

⁽⁴²³⁾ La dottrina assolutamente maggioritaria, è concorde nel ritenere che il rito cautelare monocratico come previsto nel nostro ordinamento di giustizia amministrativa, non dia luogo ad una tutela provvisoria *a ante causam*, ma, al più, ad una forma di tutela accelerata nell'ambito di un processo già pendente, anche se a contraddittorio semipieno o imperfetto o temporaneamente assente, che consente al ricorrente di ottenere una tutela *ad horas*, anche nelle fasi intermedie delle camere di consiglio fissate per la trattazione delle istanze cautelari (cfr., anche per ampi riferimenti dottrinali, A. MEZZOTERO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno strumento di cui non si poteva davvero fare a meno?*, parte I, in *La rivista neldiritto*, 2009, 4, 566.

⁽⁴²⁴⁾ Introducendo, quindi, anche nell'ordinamento italiano, sulla falsariga di quello tedesco, quel sistema dell'articolazione delle azioni di cui si è parlato nel corso del presente lavoro.

zione del tradizionale processo impugnatorio, da giudizio sull'atto, volto unicamente a vagliare la legittimità del provvedimento contestato, a giudizio sul rapporto, finalizzato a scrutinare il rapporto sostanziale ivi sotteso, perlomeno nei casi di potere vincolato, hanno in parte avvicinato il sistema italiano a quello germanico⁽⁴²⁵⁾.

A differenza del sistema tedesco, che non prevede una specifica azione contro il silenzio, disciplinando unitariamente gli interessi pretensivi mediante la *Verpflichtungsklage*, il legislatore italiano contempla come è noto, all'art. 21 *bis* l. 1034/1971 introdotto dall'art. 2 della l. 205/2000, un peculiare rito, abbreviato e semplificato, culminante in caso di fondatezza della domanda del ricorrente, con una sentenza dichiarativa dell'obbligo della p.a. di provvedere sull'istanza rimasta illegittimamente inevasa che, peraltro, limitatamente agli aspetti vincolati della fattispecie, si arricchisce di ulteriori contenuti, potendo il giudice ordinare all'amministrazione non solo di provvedere ma anche come provvedere⁽⁴²⁶⁾.

Ulteriore apporto a quella tendenza in atto in giurisprudenza e nella legislazione volta a identificare l'oggetto del giudizio amministrativo nel rapporto fra privato e pubblica amministrazione, anziché nel mero atto impugnato, è stato poi fornito dall'art. 21 *octies*, comma 2, legge 241/1990. Con esso si è introdotto un limite all'annullabilità per violazione di legge, quando la norma trasgredita ponga obblighi di natura formale o procedimentale che non abbiano influito sul contenuto dispositivo dell'atto.

⁽⁴²⁵⁾ Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha osservato che «la legislazione più recente in tema di processo amministrativo si va decisamente orientando per l'abbandono di impostazioni formalistiche in favore di soluzioni che consentano al giudice di conoscere del merito della controversia, quando ciò sia possibile senza elidere le garanzie difensive. Ne costituisce esempio la modificazione del procedimento di cui all'art. 21 bis della L. n. 1034 del 1971 ad opera dell'art. 3, comma 6 bis D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, che a proposito del procedimento contro il silenzio, ha disposto: il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. Ma nella stessa direzione si colloca la diversa novella introdotta, nell'intento, anche in questo caso, di favorire la deflazione del contenzioso, dall'art. 14 della L. n. 15 del 2005, che ha aggiunto l'art. 21 *octies* all'originario testo della L. n. 241 del 1990».

⁽⁴²⁶⁾ Nel rito del silenzio, la fase dell'esecuzione è eventuale e viene attivata senza che occorra il passaggio in giudicato della sentenza sul silenzio. La stessa prende, infatti, avvio, solo nella misura in cui la p.a. non provveda nel termine assegnato, momento in cui scatta l'insediamento del commissario *ad acta*, previamente nominato con la sentenza che definisce la fase cognitoria o, al limite, successivamente su istanza di parte, il quale può in tale fase esercitare ampi poteri di cognizione, in funzione di sostituzione dell'amministrazione inerte (v. *amplius*, G. MONTEDORO, *Il giudizio avverso il silenzio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa, cit.*, 299 ss.).

Pertanto, a fronte della deduzione di illegittimità formali o procedurali il giudice, al quale viene attribuito per la prima volta un potere di verifica della lesione dell'interesse sostanziale del privato, non potrà limitarsi a verificare la sussistenza della violazione di legge, ma dovrà accertare, sulla base di un giudizio prognostico se, in assenza del vizio, il provvedimento avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello adottato. In questo modo, pur nella mancanza, si ripete, di un sistema organico di azioni di annullamento, condanna, accertamento come quelle espressamente previste dal *VwGO*, l'art. 21 *octies* sembra aver ridisegnato l'azione di annullamento che oggi presuppone e si fonda su di un giudizio di accertamento di spettanza del bene o di fondatezza della pretesa.

Peraltro, conviene aggiungere che il legislatore italiano, il quale nel formulare la norma in parola si è ispirato all'omologo § 46 *VwVfG*⁽⁴²⁷⁾, non ha predisposto, perlomeno in maniera esplicita, alcuna forma di riparazione all'illegittimità formale o procedimentale del provvedimento, limitandosi soltanto a precluderne l'effetto caducatorio⁽⁴²⁸⁾.

Per questa ragione, stante il rischio che l'esclusione della tutela annullatoria rispetto a determinate tipologie di vizi possa determinare vuoti di tutela, si è ritenuto in dottrina di poter colmare tale lacuna, ammettendosi la tutela risarcitoria degli interessi procedurali, con ciò muovendo dalla distinzione invalsa nel diritto civile fra regole sul comportamento e regole sull'atto, cioè regole la cui violazione comporterebbe una qualificazione in termini di illiceità del comportamento complessivamente considerato e regole la cui violazione determinerebbe, invece, la sanzione della invalidità-annullabilità del provvedimento amministrativo⁽⁴²⁹⁾.

⁽⁴²⁷⁾ «Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beantragt werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat».

⁽⁴²⁸⁾ La mancanza di valide alternative all'annullamento del provvedimento e la riduzione delle forme di tutela dell'interesse procedimentale renderebbero la norma in questione incompatibile con gli artt. 24, 97, 103, 113 Cost. nella misura in cui garantiscono l'imparzialità ed il buon andamento della p.a. e la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti di tutti i suoi atti (Cfr. E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. app.*, 2005, 6, 626 ss.; D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*).

⁽⁴²⁹⁾ Sul tema cfr. R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, II, Milano, 2007, 230.

In definitiva, se è vero, come è vero, che l'illustrata congerie di misure preventive, ha sortito senza dubbio, in Germania, effetti positivi in ordine alla prevenzione della mancata esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, sarà interessante verificare nel tempo se l'attuazione della delega da parte del Governo in tema di tutela cautelare *ante causam* e di articolazione delle azioni, sarà in grado di eliminare o, perlomeno di ridurre le residue difficoltà che tutt'oggi la p.a. incontra nel dare attuazione al giudicato per le ragioni anzidette.

1.1. Segue: le misure volte a neutralizzare l'inadempimento all'obbligo di conformarsi al giudicato (Zwangsgeld, giudizio di ottemperanza, risarcimento del danno).

L'analisi effettuata nei capitoli precedenti circa il modo in cui l'ordinamento italiano e quello tedesco affrontano il problema della tutela del privato avverso l'inottemperanza al giudicato amministrativo, mostra soluzioni legislative diametralmente opposte, basate l'una sulla esecutività delle sentenze amministrative – anche di primo grado (art. 33 l. 1034/1971)⁽⁴³⁰⁾ – e sulla possibilità del giudice amministrativo di surrogarsi all'amministrazione inadempiente e, l'altra, per converso, su di una misura coercitiva indiretta a carattere esclusivamente patrimoniale, finalizzata ad incentivare l'adempimento

⁽⁴³⁰⁾ Il problema dell'esecutività della sentenza di primo grado non sospesa e della sua eventuale inesecuzione da parte della p.a. provvisoriamente soccombente non è stato affrontato, essendo il presente lavoro imperniato, sui principali rimedi volti a fronteggiare l'inottemperanza alla sentenza passata in cosa giudicata. E' appena il caso qui di ricordare come la possibilità di mettere in esecuzione le sentenze di primo grado non sospese, in via cautelare, dal Consiglio di Stato, sia stata prevista per la prima volta dall'art. 10 legge 205 del 2000 che ha introdotto l'art. 33 comma 5 legge 1034 del 1971. Il ricorso per l'esecuzione va proposto avanti al Tar che ha deciso la controversia, il quale esercita gli stessi poteri da lui spendibili in sede di ottemperanza. Nondimeno, l'esecuzione, questo caso, non può e non deve dare la stura ad un assetto di interessi immutabile, atteso che, ove trovasse accoglimento il gravame, sarebbe irrimediabilmente pregiudicata la possibilità del ripristino della situazione originaria. Sull'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato cfr. B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, cit. e id., *L'esecuzione delle sentenze di primo grado*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, cit., 976 ss.

ovvero a dissuadere l'autorità dal persistere nel comportamento inadempiente, mercé la previsione di una sanzione pecuniaria, *recte* di una penalità di mora⁽⁴³¹⁾.

Resta, infine, salva, in entrambi gli ordinamenti, la possibilità di attivare nei confronti della pubblica autorità, in presenza dei necessari presupposti di legge, il rimedio risarcitorio per la violazione del giudicato amministrativo, con alcune importanti differenze legate, fra l'altro, come si dirà, alla categoria qualificatoria in cui va incasellata la relativa responsabilità, nonché alla giurisdizione cui devolverne la cognizione.

Il giudizio di ottemperanza al pari della giurisdizione di merito che lo include, costituisce una peculiarità dell'ordinamento italiano; non esiste, come visto, un istituto corrispondente nel sistema tedesco, né, tanto per citare l'ordinamento più vicino al nostro per tradizione giuridica, nel sistema francese. Si può, dunque, affermare come esso sia sconosciuto ai principali ordinamenti europei⁽⁴³²⁾, improntati ad una rigida separatezza del potere giurisdizionale dall'amministrazione, nei quali la risposta all'esigenza di obbligatorietà ed effettività dell'esecuzione risiede nella previsione di misure patrimoniali di esecuzione indiretta⁽⁴³³⁾.

Riprendendo una risalente ma ancora attuale classificazione elaborata in dottrina⁽⁴³⁴⁾, volta a distinguere i mezzi esecutivi nelle classi generali dei mezzi di coazione, tendenti al conseguimento del risultato con la partecipazione dell'obbligato e dei mezzi di surrogazione, preordinati a far conseguire al creditore quel dato bene della vita, indipendentemente dalla partecipazione e, quindi, dalla volontà dell'obbligato, il rito

⁽⁴³¹⁾ Abbiamo avuto già modo di constatare l'assenza, nello *Zwangsgeld*, di alcuna connotazione sanzionatoria o punitiva, risolvendosi il medesimo, per la dottrina e giurisprudenza assolutamente dominante, in un mero mezzo di pressione psicologica.

⁽⁴³²⁾ Si è già detto in precedenza dell'"eccezione" austriaca che conoscerebbe, con la *Säumnisbeschwerde*, una inequivoca ipotesi di sostituzione giudiziale nell'esercizio del potere discrezionale (cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, cit., 143 ss. e L. FERRARA, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio-inadempimento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, in G. FALCON (a cura di) *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 73 ss.

⁽⁴³³⁾ Ricorrono misure patrimoniali sulla falsariga delle *astreintes* in Francia, Belgio, Olanda, Lussemburgo, nel Regno Unito, in Grecia, differenziandosi, sostanzialmente, le varie misure patrimoniali per il beneficiario delle somme oggetto di ammenda, talvolta appannaggio del creditore, come nel caso della Francia e della Grecia, talaltra dello Stato come nel caso del *contempo of court* nel Regno Unito, sulla falsariga di quel che avviene in Germania. Per una approfondita disamina dei rimedi di coercizione indiretta nei paesi indicati, cfr. O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, cit., 25-31, 51-60, 88-101, 120-122.

⁽⁴³⁴⁾ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, par. 86.

dell'ottemperanza può, a ben vedere, iscriversi nella seconda categoria, assumendo le caratteristiche dell'esecuzione surrogatoria, «cioè dell'esecuzione in senso proprio, contrapposta alla mera attività compulsoria (...) basata su mezzi di coazione: "esecuzione indiretta"»⁽⁴³⁵⁾.

Così accade in Germania, in cui «il sistema dei pesi e dei contrappesi per assicurare l'ottemperanza al giudicato da parte dell'amministrazione è (...) incentrato (...) su una riserva amministrativa e sulla penale fino a 10.000 euro che l'amministrazione inadempiente può essere condannata a versare alle casse dell'erario»⁽⁴³⁶⁾.

Nell'ordinamento tedesco viene, infatti, inteso con particolare rigore il principio sancito, in Italia, all'art. 88 r.d. 17 agosto 1907, n. 642, secondo cui l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa⁽⁴³⁷⁾, ragion per cui è stato unicamente previsto quale disincentivo all'inottemperanza una ammenda (§ 172 *VwGO*).

Nell'ottica di una effettiva garanzia di attuazione delle pronunce giurisdizionali, a fronte di una apparente minor efficacia della soluzione che risiede nell'approntamento di misure coercitive indirette, rispetto al giudizio di ottemperanza, tanto più se gli importi delle minacciate penali vengono devoluti alle casse dello Stato e non già al privato ricorrente, sono, invece, del tutto sporadiche, in Germania, le ipotesi di inadempimento da parte della pubblica amministrazione, tendenzialmente ossequiosa rispetto alle statuizioni del giudice amministrativo.

Ciò in virtù di una serie di ragioni, alcune legate alla conformazione del sistema di giustizia amministrativa, per cui il baricentro del giudizio in termini di effettività della

⁽⁴³⁵⁾ Così B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 132, 133 il quale richiama in nota 52 il pensiero di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 289, secondo il quale la coazione indiretta non realizzerebbe una vera esecuzione, atteso che «se le misure coercitive tendono ad ottenere l'adempimento, esse non hanno a che fare con l'esecuzione, la quale per definizione, non opera attraverso l'adempimento».

⁽⁴³⁶⁾ Così, C. FRAENKEL, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, cit., 210, 211.

⁽⁴³⁷⁾ La norma in questione afferma un principio di carattere generale alla stregua del quale l'esecuzione delle sentenze dovrebbe essere affidata alla stessa pubblica amministrazione. Prima dell'introduzione del giudizio di ottemperanza, come è noto, a differenza di quanto avveniva nel processo ordinario, non vi era uno strumento specifico per dare esecuzione alle sentenze, essendo la loro attuazione devoluta alla p.a., assommante in diversi ruoli di soggetto "esecutore" e soggetto "esecutato" (cfr. B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 126). L'introduzione del giudizio di osservanza *a fortiori* a seguito dell'estensione giurisprudenziale del suo ambito di applicazione al giudicato amministrativo, ha mutato profondamente il quadro, ridisegnando l'art. 88 r.d. 642/1907 e riconoscendo a quest'ultimo il più limitato ruolo di uno dei modi di esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo.

tutela si situa prevalentemente se non completamente nella fase di cognizione, ove viene anticipato l'esercizio di quei poteri ordinatori, nel nostro caso peculiari, salvo eccezioni⁽⁴³⁸⁾, del rito dell'ottemperanza, altre, più in generale, relative al particolare dispregio che suscita nell'opinione pubblica, il mancato rispetto dell'autorità giurisdizionale e delle sue decisioni, così da parte dei privati come da parte della pubblica amministrazione⁽⁴³⁹⁾.

Come già si anticipava in precedenza, sia nel sistema tedesco che in quello italiano è presente la prescrizione secondo cui l'esecuzione (della sentenza amministrativa) si deve fare in via amministrativa.

Parallelamente, mentre il nostro ordinamento – segnatamente l'art. 37, comma 3 legge TAR – si esprime *expressis verbis* in termini di obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa evitando l'espressione "esecuzione" o "esecuzione forzata", il codice di giustizia amministrativa tedesco (*VwGO*) prevede, invece, espressamente il concetto di esecuzione (§ 167 *VwGO*), dichiarando applicabili le norme della *ZPO* «*per quanto non diversamente disciplinato*».

Senonché, mentre adottando la soluzione dello *Zwangsgeld*, l'ordinamento germanico rimette, senza eccezioni, alla pubblica amministrazione soccombente, il compito di dare attuazione al giudicato amministrativo nei termini di cui al combinato disposto dei §§ 167/2 e 172 *VwGO*,⁽⁴⁴⁰⁾ essendo indubbiamente improntato ad un rigoroso rispetto della divisione dei poteri, quello italiano, accreditando, con l'ottemperanza, l'esercizio

⁽⁴³⁸⁾ Una importante eccezione può forse rinvenirsi, come visto, nel rito sul silenzio-inadempimento che in caso di esito favorevole determina una pronuncia di condanna a provvedere da parte del giudice, perlomeno ove venga in rilievo un potere vincolato.

⁽⁴³⁹⁾ «*L'ottemperanza puntuale in sede di esecuzione della sentenza amministrativa non rappresenta che uno dei molti aspetti del buon funzionamento dello stato di diritto. Il rispetto della sentenza amministrativa non è diverso dal rispetto del giudice e, più in generale, dal rispetto per la legge da parte della Pubblica amministrazione. Dove non vi è stato di diritto la Pubblica amministrazione può tranquillamente disattendere le sentenze amministrative o civili*» (cfr. G. QUADRI, *L'ottemperanza nel diritto comparato*, cit., 132).

⁽⁴⁴⁰⁾ Osserva, peraltro, B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 128, 131 che l'amministrativizzazione dell'esecuzione del giudicato non significa che l'adeguamento alla sentenza sia rimesso alla volontà della p.a. non essendo, dunque, incompatibile con una posizione giuridica soggettiva di obbligo. Il fatto che l'esecuzione della sentenza avvenga debba avvenire in via amministrativa, rappresenta, anzi, per l'A. la soluzione per certi versi più confacente allorché la realizzazione dell'interesse sostanziale del privato, dipenda da un positivo esercizio della potestà amministrativa «*e si venga a configurare come diritto al provvedimento amministrativo, o comunque come diritto alla cui realizzazione contribuisce necessariamente un comportamento autoritativo dell'amministrazione*».

del potere amministrativo discrezionale in sede esecutiva, sembrerebbe porre dei problemi di compatibilità di un siffatto rimedio con il predetto principio.

Problemi che, tuttavia, ad una più attenta analisi, trovano soluzione alla stregua dei principi di legalità ed effettività della tutela giurisdizionale e sul presupposto che «*se esiste un obbligo, questo non può restare inadempito, neppure quando l'adempimento richieda l'esercizio di un potere discrezionale*», imponendosi l'obbligo di conformarsi al giudicato sull'esistenza stessa del potere amministrativo, «*il cui esercizio diventa lo strumento di attuazione della volontà della legge, come accertata dal giudice, nella quale si rispecchia il contenuto dell'obbligo medesimo*»⁽⁴⁴¹⁾.

Il diverso approccio dei sistemi in parola rispetto alla soluzione del problema dell'inosservanza del giudicato amministrativo da parte della p.a, si riverbera inevitabilmente sulle caratteristiche dei rispettivi riti (competenza, modalità di introduzione, poteri del giudice e rimedi spendibili avverso i suoi provvedimenti).

Minimo comune denominatore fra i due rimedi esecutivi, oltre al principio dispositivo che informa entrambe le procedure⁽⁴⁴²⁾, *Zwangsgeld* e ottemperanza, appare in ogni modo il decorso di un lasso di tempo dal momento in cui la pronuncia diviene definitiva, come condizione per introdurre la relativa fase esecutiva.

Nondimeno, l'esperienza italiana si contraddistingue per una vera e propria messa in mora rimessa alla esclusiva disponibilità del ricorrente vittorioso, da notificarsi all'amministrazione soccombente cui è connesso un termine dilatorio di almeno trenta giorni prima del quale non può essere adito il giudice dell'ottemperanza⁽⁴⁴³⁾, mentre, per converso, l'esperienza tedesca, non preve alcuna formale diffida da notificarsi a cura del ricorrente vittorioso, essendo necessario e sufficiente il decorso di un ragionevole lasso di

⁽⁴⁴¹⁾ Così, in particolare, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 94, 95. Afferma, G. AVANZINI, *L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo ed effettività della tutela*, in *Giur. cost.*, 1999, 1261 ss. che il principio di effettività della tutela è alla base del riconoscimento del potere sostitutivo in capo al giudice dell'ottemperanza, dovendo questi disporre di mezzi adeguati a garantire, appunto, il maggior grado di effettività possibile delle misure di attuazione esecutiva.

⁽⁴⁴²⁾ Un'eccezione a tale principio è costituita dalla officiosità dell'esecuzione coattiva dell'ammenda nell'ambito della procedura *ex* § 172 *VwGO* (cfr. par. 2.2.1, cap. II, sez. II).

⁽⁴⁴³⁾ I trenta giorni devono decorrere, precisamente, dalla data della notifica dell'atto di messa in mora alla data della notifica del ricorso.

tempo dalla notifica del titolo, prima di poter depositare il ricorso ai sensi del § 172 *VwGO*. La valutazione in ordine all'adeguatezza di tale termine, che varierà caso per caso, sarà appannaggio del giudice dell'esecuzione⁽⁴⁴⁴⁾, che in difetto di tale requisito potrebbe addirittura respingere l'istanza del ricorrente.

In caso di positivo riscontro in ordine al decorso di un ragionevole termine, sarà direttamente il giudice ad emettere l'atto di diffida ed a disporre la notifica all'autorità pubblica inottemperante.

Quanto all'individuazione del giudice competente in ordine alla procedura esecutiva, il sistema tedesco si lascia apprezzare per il fatto di devolverne sempre la decisione al tribunale di prima istanza, già coinvolto nella decisione della vertenza in sede cognitoria, quale giudice dell'esecuzione, a differenza dell'esperienza italiana che conosce, al contrario, un meccanismo più articolato di radicamento della competenza a decidere sull'inottemperanza al giudicato amministrativo da parte della p.a., per cui il T.a.r è competente per l'ottemperanza alle sue stesse sentenze e a quelle del Consiglio di Stato che abbiano confermato la decisione di primo grado, mentre il Consiglio di Stato sarà competente in tutti gli altri casi⁽⁴⁴⁵⁾.

I provvedimenti emessi dal giudice dello *Zwangsgeld* – che ha anche un limitato potere cognitorio nella misura in cui, dovendo verificare se la p.a. sia effettivamente inadempiente come lamentato dal ricorrente, procederà ad un'interpretazione del giudicato volta ad accertare l'effettiva portata degli obblighi da esso scaturenti – assumono sempre la forma dell'ordinanza (minaccia e applicazione dell'ammenda), a differenza del giudizio di ottemperanza che si conclude con sentenza.

⁽⁴⁴⁴⁾ Cfr. par. 2.2., cap. II, parte II.

⁽⁴⁴⁵⁾ Conviene precisare che ai sensi dell'art. 37 legge TAR, la competenza in tema di giudizio di ottemperanza è ripartita tra i T.a.r. e il Consiglio di Stato sulla base di un duplice criterio, territoriale (commi 1 e 2), valevole essenzialmente per il giudicato di altri giudici e funzionale (commi 3 e 4). Quanto alla distribuzione della competenza fra T.a.r. e Consiglio di Stato per l'esecuzione dei giudicati amministrativi è stato precisato dall'Adunanza Plenaria che sussiste la competenza funzionale in un unico grado del Consiglio di Stato, quale giudice dell'esecuzione del giudicato, ogniqualvolta l'amministrazione si debba adeguare a statuizioni rese per la prima volta in appello, anche se la sentenza di primo grado sia stata confermata con integrazione e modifiche della motivazione (Cons. St., ad. plen., 11.6.2001 n. 4, in *Foro amm.*, 1999, 721).

Conviene poi ricordare che il primo provvedimento della serie, quello di diffida ad adempiere, con contestuale minaccia di applicazione della penale, è preceduto dalla semplice audizione della p.a. inottemperante, subito dopo il deposito del ricorso da parte dell'istante, la quale potrà intervenire attivamente nella procedura, dando impulso ad un procedimento incidentale contenzioso, nel caso in cui intenda contestare uno dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione sotto il profilo formale o, addirittura, il diritto stesso di procedere all'esecuzione forzata, sulla falsariga di quel che avviene nel nostro rito civile con l'opposizione agli atti esecutivi ovvero all'esecuzione.

Nel caso in cui siano presenti controinteressati, destinati a subire gli effetti pregiudizievoli dal giudicato rimasto inadempito, essi non debbono essere evocati nel procedimento, a meno che non vengano in contestazione le modalità di esecuzione del giudicato, per cui si è ritenuto, in dottrina e giurisprudenza, debba essergli accordata la possibilità di orientare il giudice dell'esecuzione verso un'interpretazione della regiudicata a loro favorevole⁽⁴⁴⁶⁾.

Nel giudizio di ottemperanza è, invece, previsto il coinvolgimento della p.a. inadempiente e dei controinteressati fin dalle prime battute, mercé la comunicazione del ricorso a cura della segreteria del giudice amministrativo oppure, per diverso orientamento, attraverso la notifica a questi ultimi dell'atto introduttivo a cura del ricorrente⁽⁴⁴⁷⁾. La procedura volta ad ottenere l'irrogazione di una c.d. penalità di mora potrà poi essere reite-

⁽⁴⁴⁶⁾ *OVG Münster*, 8.9.1992, in *NVwZ* 1993, 383. V. *amplius* pp. 87, 88, par. 2.2.1, cap. II, sez. II.

⁽⁴⁴⁷⁾ L'art. 91 r.d. 17 agosto 1907, n. 642 non richiede che il ricorso per l'ottemperanza debba essere notificato all'amministrazione inadempiente, limitandosi a prescrivere che la segreteria del Tribunale dia notizia dell'avvenuto suo deposito all'amministrazione medesima. Sulla necessità della notifica, sono emersi, nel silenzio della legge, due orientamenti contrapposti; il primo a favore della ineludibilità della notificazione alle parti, non potendosi derogare alle regole volte alla instaurazione del contraddittorio (cfr. Cons. St., sez. V, 1.3.2000, n. 1069, in *Foro amm.* 2000, 868) e potendo, anzi, la mancata notifica alla p.a. ed ai controinteressati, essere sanzionata con l'inammissibilità del ricorso (per questa soluzione, cfr. di recente, T.a.r. Puglia Bari, sez. I, 1 settembre 2003, n. 3168, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2722). Per diverso indirizzo giurisprudenziale, il deposito del ricorso e la sua conseguente comunicazione da parte della segreteria del tribunale sarebbe sufficiente agli effetti della instaurazione del contraddittorio (cfr. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5847, in *Foro amm. CS*, 2003, 2920). Da ultimo, la Corte Costituzionale, investita di una questione di legittimità costituzionale della norma succitata, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., non apparendo il mero deposito del ricorso in assenza di notifica, conforme alle regole del giusto processo ed al diritto di difesa, ha confermato la legittimità della norma e riconosciuto alla comunicazione e notificazione la medesima idoneità al raggiungimento del medesimo risultato, purché la comunicazione abbia ad oggetto il ricorso nella sua interezza (cfr. Corte Cost., ord., 6-10 marzo 2006, n. 100, in *Giur. cost.* 2006, 2.).

rata fin tanto che la p.a. non abbia adempiuto – ove l’adempimento sia ancora possibile – e la relativa ammenda essere ripetutamente portata ad esecuzione coattiva secondo la disciplina della riscossione forzata dei crediti pecuniari nei confronti della mano pubblica (§ 170 *VwGO*).

In tale ultimo caso le operazioni di riscossione saranno adempiute dall’ufficiale giudiziario, figura che, tuttavia, non entra quasi mai in scena, per l’assoluta eccezionalità delle situazioni in cui si perviene a quella che rimane una vera e propria *extrema ratio*.

Nel caso italiano, differentemente, il commissario *ad acta* nell’ambito del rito dell’ottemperanza, anch’esso ausiliario del giudice al pari dell’ufficiale giudiziario nel contesto della procedura anzidetta, ha, nella prassi, un ruolo da protagonista, se è vero, come è vero, che i casi di inottemperanza nel nostro sistema appaiono di gran lunga superiori a quelli documentabili nell’esperienza germanica e che l’esercizio in via indiretta dell’attività sostitutiva da parte del giudice dell’ottemperanza per il tramite del commissario è, sempre nella prassi, circostanza che si registra con una certa frequenza. Ciò, anche in ragione della maggior “imprecisione” della sentenza di cognizione del g.a. italiano rispetto a quella emessa dal g.a. tedesco.

Dal punto di vista dell’efficacia dei rimedi, perlomeno in astratto, visto che in concreto i casi di inesecuzione del giudicato sono in Germania, come si è detto più volte, sporadici, il giudizio di ottemperanza con la possibilità del giudice di rimediare in via surrogatoria – direttamente o indirettamente – all’inerzia della p.a. o, comunque, alla inidoneità della sua attività successiva al giudicato a dare ad esso compiuta attuazione, appare, in particolare agli osservatori tedeschi che si sono occupati del tema, strumento maggiormente incisivo rispetto al rimedio di coazione indiretta di cui dispone il giudice amministrativo d’oltralpe⁽⁴⁴⁸⁾, tanto più che le somme eventualmente irrogate a titolo di

⁽⁴⁴⁸⁾ Afferma, in particolare, D. KARWIESE, *Problemi di effettività della tutela giurisdizionale amministrativa negli ordinamenti dell’Italia, della Francia e della Germania: un contributo di diritto comparato*, cit., 140 che anche «volendo tralasciare il già visto dubbio inerente la necessaria configurazione di un giudizio di merito, quale premessa di un più ampio potere di cognizione del Giudice amministrativo, sembra indubbio che i mezzi coercitivi del Giudice di ottemperanza superino quelli di cui dispongono i giudici francesi tedeschi. Sono strumenti questi che, ove gestiti rigorosamente, possono essere assai efficienti».

ammenda vengono incamerate dallo Stato (*recte* dalla *Gerichtskasse*) e non dal privato come avviene, per esempio, in Francia.

Quest'ultima considerazione attira peraltro l'attenzione sul tema della risarcibilità dei danni patiti dal ricorrente a causa della violazione del giudicato amministrativo e sulla questione, già affrontata, del suo rapporto con la misura patrimoniale dello *Zwangsgeld*.

In chiave comparatistica, alla luce dei sistemi come sin qui delineati, il rimedio risarcitorio sembrerebbe assumere un'importanza maggiore nell'ordinamento tedesco essendo, anzi, l'unico strumento di tutela a disposizione del privato capace di garantirgli un qualche effettivo ristoro, sebbene, in conseguenza del tendenziale ossequio da parte della p.a. alle statuizioni giudiziali, anche tale evenienza non trovi alcun significativo riscontro nella prassi. Ad ogni modo, diversamente che in Italia, ove il risarcimento del danno da inosservanza dell'obbligo di conformarsi al giudicato va ricondotto ad una responsabilità di stampo contrattuale, la cui cognizione spetta, peraltro, alla giurisdizione amministrativa, potendo essere la relativa domanda trattata dal medesimo giudice dell'ottemperanza, in Germania va inquadrato nell'alveo della responsabilità da fatto illecito extracontrattuale, trovando essa la propria fonte nel combinato disposto degli artt. 34 *GG* e 839 *BGB*, che sanzionano in generale i torti commessi da chiunque eserciti una funzione pubblica durante il suo espletamento.

La giurisdizione in punto di questioni risarcitorie consequenziali ad un'intenzionale o colposa violazione del giudicato amministrativo, appartiene al giudice ordinario ai sensi dell'art. 34 comma 2 della *Grundnorm* tedesca, secondo la logica di un doppio binario (giudice amministrativo per le vertenze in tema di attività amministrativa e giudice di diritto comune per quelle in punto di responsabilità risarcitoria) che, tuttavia, a parere di attenta dottrina, non ha più ragion d'essere se si pone mente al fatto che l'art. 34 comma 2 *GG* viene interpretato nel senso che la responsabilità dello Stato deriva dalla responsabilità personale del funzionario e che in passato – prima del 1960 – non esisteva una giurisdizione amministrativa separata da quella ordinaria⁽⁴⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁹⁾ Cfr. sul punto, U. KARPEN, IN D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, cit., 142, 143.

2. Il modello francese quale ulteriore elemento di comparazione

Il sistema francese di giustizia amministrativa è quello che più si avvicina al nostro, se non altro per tradizione giuridica.

Tuttavia, sotto il profilo dell'esecuzione della sentenza amministrativa, rispetto alla quale ha in comune con quello italiano la provvisoria esecutività della pronuncia che chiude il *recours pour excès de pouvoir*, anche ove oggetto di gravame⁽⁴⁵⁰⁾, ci pare di poter dire che esso presenti, nella sostanza, maggiori punti di convergenza con quello tedesco.

Ciò, sia per quanto attiene al raffronto tra il *pouvoir d'injonction* e i poteri direttivi di cui al *Verpflichtungsurteil* ovvero al *Folgenbeseitigungsurteil*, sia per quel che concerne le misure di coazione indiretta volte a piegare la resistenza della p.a. inottemperante e, cioè, le *astreintes* rispetto allo *Zwangsgeld*, con il naturale corollario, comune ad entrambi i sistemi, di un rigoroso recepimento del principio della divisione dei poteri, attesa, anche in Francia, la riserva a favore della p.a. dell'esecuzione di quanto disposto nella sentenza e un corrispondente divieto di surrogazione del giudice in caso di mancata esecuzione⁽⁴⁵¹⁾

Per questi motivi, nonché in ragione della grande importanza che il tema dell'esecuzione della sentenza assume da esemprie nell'esperienza transalpina⁽⁴⁵²⁾, gioverà tratteggiare, seppur brevemente, non essendo questa la sede per analizzarle *funditus*, le soluzioni al problema dell'inottemperanza in essa adottate.

⁽⁴⁵⁰⁾ In genere il ricorso in appello – contrariamente all'appello nel rito civile – e quello in cassazione, rispettivamente contro le decisioni dei tribunali amministrativi e delle corti amministrative d'appello non sono in grado di determinare la sospensione dell'esecutività delle rispettive sentenze (Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, IV, Paris, 1993, 718, il quale osserva, inoltre, *ivi*, 791-792 che gli inconvenienti legati ad una esecuzione provvisoria della sentenza non definitiva possono peraltro essere attenuati con la concessione della sospensione dell'esecutorietà da parte del giudice d'appello o di cassazione in base ai classici requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* ovvero dalla previsione legislativa in alcune materie, di deroghe al principio di non so spendibilità, come avviene nell'ambito dei contenziosi elettorali).

⁽⁴⁵¹⁾ Osserva D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, *cit.*, 84 che il problema dell'esecuzione della sentenza amministrativa, risiede, così nell'ordinamento francese, come negli altri ordinamenti continentali, nella difficile coesistenza fra la riserva amministrativa del potere di rinnovare l'attività provvedimento a seguito della decisione del giudice e la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale e quindi dell'esecuzione delle statuizioni giudiziali.

⁽⁴⁵²⁾ Ne costituisce evidente riprova il gran numero di circolari del Primo ministro ai ministri e di questi ultimi agli apparati periferici, nelle quali si mette in risalto l'importanza, in uno Stato di diritto, della esecuzione delle decisioni dei giudici (Sul punto cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *cit.*, 1126).

Autorevole dottrina ha, opportunamente, ricordato la tendenza dell'esperienza francese, a far precedere le riforme del diritto amministrativo nazionale da uno studio comparato dei modelli stranieri, delle regole che in ordinamenti diversi risolvono un comune problema, come avvenuto, per quanto concerne specificamente il tema che stiamo trattando, con la legge 95-125 dell'8 febbraio 1995 (art. 62).

Si tratta di una legge di riforma del contenzioso amministrativo, la quale ridefinendo la disciplina sull'esecuzione del giudicato amministrativo e potenziandone i poteri, veniva preceduta da una comparazione tra gli istituti della *Verpflichtungsklage* e dello *Zwangsgeld* e quelli "tutti italiani" del giudizio di ottemperanza con la peculiare figura del commissario *ad acta*⁽⁴⁵³⁾.

In particolare, tale legge ribaltava, in primo luogo, il principio sino ad allora mai scalfito, secondo cui il giudice amministrativo, in virtù dell'art. 13 della legge rivoluzionaria 16-24 agosto 1790 e, in generale, della separazione dei poteri, non poteva ordinare un *facere* o un *non facere* alla pubblica autorità, essendogli inibita qualsivoglia attività preordinata a chiarire la portata delle pronunce da lui emesse attraverso la spendita di poteri direttivi e vincolanti⁽⁴⁵⁴⁾. In secondo luogo, ampliava il potere di *astreinte*, prima attribuito in via esclusiva al *Conseil d'Etat* ed esercitabile anche *ex officio*⁽⁴⁵⁵⁾, con la devoluzione dello stesso anche ai Tribunali e alle Corti d'appello.

I principali rimedi volti a risolvere l'annoso problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento, sui quali pertanto ci si soffermerà, consistono, attualmente, così come nel sistema tedesco, da un lato, in strumenti di prevenzione delle difficoltà che la p.a. po-

⁽⁴⁵³⁾ Cfr. M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.* 1996, 6, 2154, il quale citando, fra l'altro, JEAN PAUL COSTA (*L'exécution des décisions des juridictions administratives en Italie*, in *AJ – Droit Adm.*, 1994, 364-366; *Id.*, *L'exécution des décisions de justice*, in *Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation*, cit., 227-232), osserva come «il commissario *ad acta* era sembrato ai francesi una buona soluzione per assicurare l'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo, senza peraltro rinnegare esplicitamente l'antico principio secondo il quale il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione».

⁽⁴⁵⁴⁾ Quello che J.P. COSTA, *L'effectivité de la justice administrative in France*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 275, definisce come divieto «*d'adresser a l'administration des injonction, autrement dit des obligation de faire ou de ne pas faire*».

⁽⁴⁵⁵⁾ La prima applicazione *ex officio* di un'*astreinte* si deve a: CE 28 maggio 2001 (*Bandesapt*), in *Rec. Lebon* 251, nonché in *DA* 2001, n. 176, con la quale lo Stato veniva condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria di 10.000 franchi al giorno, per la mancata ottemperanza da parte del governo francese all'obbligo di emanare un regolamento come risultante da un decreto del 30 dicembre 1998.

trebbe incontrare nell'adempiere (*aide à l'exécution, mediateur, pouvoir d'injonction*) e, dall'altro, in vere e proprie misure coattive (*contrainte au paiement, pouvoir d'astreinte*), nonché nella repressione delle condotte renitenti della p.a. (condanna al risarcimento dei danni, "*dommages-intérêts*", da violazione della cosa giudicata e *amendes*).

Quanto alle misure preventive, di minore impatto, appaiono, i rimedi tradizionali e residuali componenti il c.d. «*système d'aide à l'exécution*», così come quello del *mediateur de la République*.

È appena il caso di ricordare che, al fine di prevenire un'inottemperanza o, piuttosto, un'esecuzione incompleta od erronea, nonché di pungolare l'amministrazione ad adempiere gli obblighi discendenti dal giudicato, il ricorrente vittorioso può, attraverso un'apposita domanda, chiedere chiarimenti in ordine alle modalità con le quali le autorità soccombenti devono conformarsi al giudicato, ai tribunali amministrativi ed alle corti amministrative d'appello, per quel che attiene all'esecuzione delle loro decisioni (art. 12, decreto 3 luglio 1995, n. 831 – *CJA*, art R 921-5)⁽⁴⁵⁶⁾, nonché al Consiglio di Stato e, segnatamente, alla *Section du rapport et des études*, relativamente all'esecuzione delle sue pronunce oltre a quelle promananti dalle giurisdizioni amministrative speciali (art. 59 decreto 30 luglio 1963 n. 766 e succ. mod – *CJA*, art. R931-1 et 2)⁽⁴⁵⁷⁾.

⁽⁴⁵⁶⁾ Sino al 1995, poteva essere investito dell'affare il solo Consiglio di Stato cui, con decreto del 15 maggio 1990 era stata, peraltro, devoluta la possibilità di rinviare per l'adozione dei necessari chiarimenti ai tribunali e alle corti d'appello (cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12 ed., Paris, 2006, 1131).

⁽⁴⁵⁷⁾ I tribunali e le corti d'appello vengono interessate della questione, nella persona del loro presidente o del relatore che viene, per l'occasione, designato. Il Consiglio di Stato, dal canto suo, riceve i reclami nei confronti delle amministrazioni inadempienti e interviene per mezzo della sezione *du rapport et de études*, affinché l'autorità competente ottemperi al giudicato. In tale ultimo caso, non è necessario il ministero di un difensore, né attendere il decorso di un termine dilatorio – che, di regola, è di almeno tre mesi - quando si tratti di dare esecuzione ad una decisione involgente misure urgenti ovvero nei casi di rifiuto esplicito di adempiere. Si aggiunga, inoltre, che in giurisprudenza si propende per l'inoppugnabilità in sede contenziosa di un eventuale rifiuto opposto dal presidente della *section du rapport et des études* alla richiesta *d'aide à l'exécution*. Di interesse appare l'annotazione per cui, contrariamente alle iniziative ministeriali, numericamente esigue se è vero come è vero che sembrano attestarsi su di una media di quindici reclami all'anno, assai più consistenti sono quelle ad iniziativa dei ricorrenti vittoriosi, le quali sono progressivamente aumentate nel tempo, a partire dall'introduzione del rimedio in parola. Nei primi dieci anni di vita, cioè all'incirca fino alla metà degli anni '70 non si contavano più di una ventina di domande all'anno, che sono poi divenute un centinaio nel 1977, oltre seicento dopo il 1987 per arrivare, successivamente, ad un migliaio l'anno, molte delle quali, peraltro, stando ai rapporti del Centro studi e documentazione del Consiglio di Stato (*EDCE, Rapport pour 2004*, 117 ss.) risultano irricevibili o comunque infondate nel merito (cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. ult. cit.*, 1132).

Il *mediateur* è una figura istituita con legge 3 gennaio 1973 (art. 11, al. 2) e succ. mod. ed attributaria del compito di invitare l'organo inadempiente a conformarsi al giudicato entro un termine dal medesimo fissato, pena, sostanzialmente, la diffusione della notizia del biasimevole comportamento tenuto nella fattispecie dalla p.a., attraverso una relazione da pubblicarsi sul c.d. *Journal officiel* («*l'inexécution du jugement fera l'objet de sa part d'un rapport spécial, publié au Journal officiel*»)⁽⁴⁵⁸⁾.

Più incisivi, nonché innovativi appaiono i poteri ingiuntivi (*pouvoirs d'injonction*) conferiti per la prima volta al g.a. dalla riforma del processo amministrativo di cui alla legge n. 95-125, 8 febbraio 1995, decisamente rivoluzionaria nella misura in cui – come già anticipato – ha determinato il definitivo superamento dell'angusta concezione dei poteri del giudice amministrativo, circoscritti al mero annullamento dell'atto illegittimo, consentendogli di precisare il contenuto degli obblighi rivolti all'amministrazione dalla sentenza demolitorio-constitutiva, in una prospettiva per così dire “didattica”, che consente alla p.a. di dare attuazione al giudicato sapendo precisamente come adempiere e non potendo, dunque, *a posteriori* invocare presunte difficoltà di esecuzione⁽⁴⁵⁹⁾.

Per vero, il potere ingiuntivo in parola, che non può essere esercitato d'ufficio, sottostando al generale principio dispositivo⁽⁴⁶⁰⁾, non consente al giudice alcun intervento surrogatorio finalizzato a garantire l'ottemperanza al giudicato in luogo della p.a. inadempiente. Potendo il giudice definire puntualmente il contenuto e le modalità della succes-

⁽⁴⁵⁸⁾ In definitiva, si tratterebbe di un mezzo di pressione morale, volto a far leva sulla minaccia di pubblicità della vicenda. Osserva, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1135 come il *mediateur*, abbia redatto per la prima volta nel 1994 un rapporto speciale su di un caso di persistente inottemperanza – *Rapport du 20 septembre 1994, JO 14 octobre, p. 14588* – peraltro, ancora in atto al momento del rapporto, relativamente all'insecuzione di una sentenza del Tribunale amministrativo di Versailles dd. 22 giugno 1993, che aveva condannato un comune (Mennecy, Essonne) ad erogare lo stipendio dovuto ad un suo impiegato. Peraltro, non si tratterebbe di un istituto peculiare del diritto amministrativo, atteso che l'ordinamento francese conosce una figura simile a quella del *mediateur*, detentrica di analoghi poteri, il c.d. «*Défenseur des enfants*» di cui alla legge 6 marzo 2000, art. 10. Sulla figura del *mediateur* cfr. anche J. VIGUIER, *Le contentieux administratif*, Paris, 1998, 43.

⁽⁴⁵⁹⁾ «*Le prononcé des injonctions que l'on sait (...), éventuellement assorties d'astreintes, dans le caso où il est demandé et possible, est de nature à assurer au mieux la prévention des difficultés (ou refus, plus ou moins déguisés) d'exécution de la chose jugée. Ces injonctions déterminent avec précision les obligations résultant du jugement. Et il va de soi que des refus auraient tout le relief d'une insurrection, difficile à concevoir, contre la loi*» (cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. ult. cit., 1127).

⁽⁴⁶⁰⁾ Sul punto, cfr. F. MODERNE, *Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif*, in *RFDA*, 1996, 54.

siva attività esecutiva della p.a., viene, così, valorizzata l'effettiva capacità della pronuncia di assicurare al privato il conseguimento di quel bene sostanziale cui egli legittimamente aspira.

Il potere d'ingiunzione ricorre allorquando vi sia un'espressa istanza in tal senso da parte del ricorrente oltre, ovviamente, ad una sentenza che necessiti di attività esecutiva (dunque, non autoapplicativa). Il giudice – Tribunale amministrativo, Corte amministrativa d'appello o Consiglio di Stato, a seconda della pronuncia da eseguire – prescrive le misure necessarie ad ottemperare al verdetto giudiziale e fissa un termine entro il quale esse dovranno essere attuate; inoltre, ove l'esecuzione presupponga l'adozione di provvedimenti e l'espletamento di nuova attività istruttoria, il giudice medesimo fissa una data entro la quale il procedimento deve concludersi, senza ingerirsi, va da sé, nelle scelte della pubblica amministrazione⁽⁴⁶¹⁾.

Alla stregua di quanto appena illustrato, si giustifica, dunque, il parallelo con il sistema tedesco, dal quale la riforma del 1995 ha, indubbiamente, preso spunto e, segnatamente, con la sentenza sulla (*Vollzug*)*Folgenbeseitigungsklage*, con la quale si indicano all'autorità amministrativa le modalità con cui procedere alla rimozione delle conseguenze di fatto prodotte dall'esecuzione del provvedimento annullato ovvero con la sentenza sulla *Verpflichtungsklage*. Con tale ultima pronuncia, oltre ad emettere nei confronti dell'amministrazione un ordine inequivoco di provvedere, il giudice può, altresì, nei casi in cui non residuino spazi di discrezionalità oppure quando, in concreto, solo un certo provvedimento possa essere espressione del legittimo esercizio del potere discrezionale, fissare con la stessa decisione il contenuto del provvedimento che l'autorità è tenuta ad emanare⁽⁴⁶²⁾.

⁽⁴⁶¹⁾ In argomento, cfr. la puntuale analisi di B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, cit., 32 ss. nonché, fra gli altri, D. AMIRANTE, F. ROSI, *La giustizia amministrativa in Francia*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, cit., 218. Nella letteratura francese cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1127-1128 e 1136 ss.; J. P. COSTA, *L'effectivité de la justice administrative in France*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 275; B. PACTEAU, *Le caractère effectif de la protection des personnes dans le contentieux administratif français*, relazione presentata al convegno su *Effettività della tutela del cittadino nel processo amministrativo: limiti e possibili rimedi*, Consiglio di Stato, Roma, 29 marzo 1996.

⁽⁴⁶²⁾ A riprova di ciò valga, fra l'altro, l'accostamento espressamente operato da autorevole dottrina, fra i poteri direttivi di cui al § 113 *VwGO* e i *pouvoirs d'injonction* del giudice francese (Così, B. MARCHETTI,

Con riguardo alle misure di coazione, la legge 80-539 16 luglio 1980, intervenuta a disciplinare le ipotesi di rifiuto deliberato della p.a. di ottemperare alle sentenze amministrative, ha introdotto nell'ambito delle c.d. *mesures de contrainte* due importanti istituti: da una parte, la c.d. *contrainte au paiement* e, dall'altra, la c.d. *astreinte*.

Quanto alla prima, l'art. 1 della legge 16 luglio 1980 e succ. mod., trasfuso nell'art. L 911-9 del *Code de justice administrative* – c.d. *contrainte au paiement* – contempla una procedura speciale riguardante esclusivamente l'esecuzione di sentenze passate in giudicato, anche del giudice ordinario, di condanna al pagamento di una somma di denaro emesse nei confronti della p.a.

La legge 16 luglio 1980 prescrive che la somma di cui è creditrice la parte vittoriosa nel giudizio di cognizione, deve essere messa a disposizione da parte dell'amministrazione soccombente, nel termine di due mesi a far data dalla notifica della sentenza. Sono previste due condizioni per l'attivazione di questa peculiare procedura di recupero del credito: 1) la decisione deve essere passata in giudicato; 2) essa deve determinare specificamente l'importo da corrispondere.

Lo spirare del predetto termine dilatorio, senza che la p.a. abbia dato seguito alla sentenza, consente al creditore, se si tratta di condanna nei confronti dello Stato, di richiedere direttamente al contabile competente il pagamento, che verrà effettuato a semplice esibizione del titolo, mentre, se si tratta di condanna nei confronti di altri enti pubblici, in particolare enti locali, sarà l'autorità di controllo dell'ente inadempiente (ad es. il prefetto nel caso degli enti locali) a provvedere al pagamento d'ufficio entro un mese dal giudicato⁽⁴⁶³⁾.

L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato, cit., 48-49, la quale precisa, opportunamente, come anche in Germania, almeno in parte, possa valere la distinzione operante in Francia tra «*mesure necessariamente implicate dalla decisione e nuovi provvedimenti assunti in seguito ad una nuova istruttoria: nel primo caso il potere direttivo appare pressoché vincolante, mentre nel secondo caso non può che concretarsi in un invito a provvedere entro un termine determinato – pena l'applicazione della penale prevista – in base ai principi enucleati dal giudice*». Fra le misure necessariamente implicate dalla decisione si ritiene debbano rientrare le ipotesi c.d. di «*compétence liée*» della p.a., che ricorrono quando il giudice abbia in qualche misura esaurito il potere amministrativo lasciando alla p.a. una sola possibilità di attività di esecuzione della decisione, che spetterebbe appunto al giudice indicare, alla stregua di quel che accade nell'ordinamento tedesco con la *Verpflichtungsklage* nelle ipotesi di *Ermessensreduktion auf Null*.

⁽⁴⁶³⁾ La legge non ha mancato di disciplinare le ipotesi in cui manchino le risorse necessarie a soddisfare i creditori. Trattandosi di condanna nei confronti dello Stato, allorché la spesa sia imputabile a «*credit limi-*

Sempre con la medesima legge del 1980, è stata poi introdotta un'ulteriore misura di coazione, questa volta indiretta, di generalizzata applicazione alle sentenze di tutte le giurisdizioni amministrative: l'istituto dell'*exécution sous astreinte*⁽⁴⁶⁴⁾.

Attribuito in un primo momento al solo *Conseil d'État*, competente ad intervenire anche d'ufficio, tramite il Presidente della Sezione *Rapport et Etudes*, ed esperibile nei confronti delle sole "*personne morales de droit public*", il potere di *astreinte* è divenuto, in seguito, con legge 30 luglio 1987, uno strumento per «*assurer l'exécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, quelle qu'elle fût, et non exécutée, ou exécutée incomplètement*», sia nei confronti dei pubblici poteri che nei confronti di organismi di diritto privato incaricati di un pubblico servizio. Tale rimedio è stato, successivamente, esteso, con la già menzionata riforma del 1995, anche ai *Tribunaux administratifs* e alle *Cour d'appell*⁽⁴⁶⁵⁾.

tatifs” il termine per pagare è portato a quattro mesi (i due mesi supplementari sono destinati a consentire all'amministrazione di reperire i fondi necessari al pagamento), ma in ogni caso al termine dei quattro mesi il contabile sarà comunque obbligato a pagare in virtù della semplice esibizione del titolo. Nel caso di altri soggetti pubblici, l'autorità tutoria dovrà, nel mese successivo al giudicato di condanna, mettere in mora l'amministrazione debitrice affinché la stessa previo reperimento dei fondi necessari onori il debito. Se la messa in mora non sortisce effetti, l'autorità tutoria iscriverà la spesa a bilancio. Se infine, la p.a. interessata non provvede nemmeno negli otto giorni seguenti l'iscrizione a bilancio, l'autorità tutoria procederà *ex officio*, entro un mese, al pagamento (cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1149-1150).

⁽⁴⁶⁴⁾ L'*astreinte* - e più in generale la legge di riforma del processo amministrativo del 1980 - venivano salutate dalla dottrina francese come una vera e propria rivoluzione giuridico-amministrativa («*révolution juridico-administrative*»; così, P. DELVOLVÉ, *L'exécution des décisions de justice contre "l'administration"*, EDCE 35, 1983-1984, 111) e come una fra le più coraggiose leggi moderne di diritto amministrativo («*une des lois administratives modernes les plus audacieuses*»; così, B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 1, Paris, 1985, 284). Rimarcano la precedente assoluta preclusione per i giudici amministrativi - a differenza di quelli civili - di pronunciare *astreintes*, secondo la giurisprudenza del *Conseil d'État*, J. M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3, Paris, 1984, 551.

⁽⁴⁶⁵⁾ Fra la soluzione del giudizio di ottemperanza che pure era stata presa in considerazione, tant'è vero che, in particolare il commissario *ad acta* aveva destato particolare interesse nella dottrina francese e quella dello *Zwangsgeld* è, dunque, prevalsa, la soluzione tedesca della coazione indiretta, probabilmente anche in virtù della precedente esperienza dell'*astreinte* già prevista dalla legge del 1980 con l'attribuzione al Consiglio di Stato del potere di irrogare anche d'ufficio, contro le persone giuridiche di diritto pubblico, una penalità di mora per assicurare l'esecuzione delle proprie decisioni (cfr. M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, cit., 2154).

Salvo quanto si dirà più approfonditamente⁽⁴⁶⁶⁾, è appena il caso di anticipare che l'*astreinte* consiste nella possibilità di irrogare all'amministrazione inottemperante al giudicato una sanzione pecuniaria commisurata ai giorni di ritardo nell'esecuzione.

Più nel dettaglio, secondo l'art. L. 8-3, legge n. 95-125 del 1995, questo potere può essere speso in tutti i casi in cui il g.a. si avvalga del *pouvoir d'injonction*: cioè, quando la sentenza comporti un'attività esecutiva della p.a. ed il giudice prescriva le misure necessarie a darvi seguito, nonché quando la sentenza implichi l'emissione di un nuovo provvedimento amministrativo che richiede attività istruttoria ed il giudice fissi un termine entro il quale l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento.

Si tratta, dunque, al pari dello *Zwangsgeld*, di una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, accessoria ad un provvedimento di condanna, consistente in una somma da pagare da parte della p.a. inadempiente, qualora questa si rifiuti di ottemperare all'ordine del giudice di eseguire la prestazione dovuta.

Si distinguono un'*astreinte* c.d. provvisoria (c.d. *comminatoire*), per cui la penalità di mora può essere successivamente modificata nel suo ammontare oppure, a seconda dei casi, addirittura revocata e un'*astreinte* c.d. definitiva, che viene liquidata ed inflitta nel momento in cui la p.a. ottempera.

Prima che il potere di applicare le *astreintes* venisse esteso ai Tribunali amministrativi ed alle Corti d'appello, il *Conseil d'État* aveva utilizzato con grande parsimonia siffatto rimedio. In particolare, dopo aver rigettato numerose istanze di applicazione di una penale⁽⁴⁶⁷⁾, il Supremo Consesso accolse per la prima volta, con decisione pronunciata il 17 maggio 1985, una domanda di *astreinte*.

Si trattava, più nel dettaglio, di decisione emessa nei confronti di un comune, quello di *Maisonvais-sur-Tardoire*, che si rifiutava di incidere sul monumento ai caduti il nome di una vittima della seconda guerra mondiale, già sindaco di quello stesso comune, così

⁽⁴⁶⁶⁾ V. *infra* par. 3.1.

⁽⁴⁶⁷⁾ Cfr. J. MORAND-DEVILLER, *Une date: Le premier prononcé par le Conseil d'État d'une astreinte à l'encontre d'une personne morale de droit public. Observations.*, in *JCP* 1985, II, 20448.

omettendo di dare seguito ad una sentenza del Tribunale amministrativo di *Limoges*⁽⁴⁶⁸⁾. Negli anni seguenti, 1986 e 1987, si ebbero altre due decisioni con le quali venne inflitta all'amministrazione una penale in relazione ad ogni ulteriore giorno di ritardo, successivo alla scadenza del termine fissato dal giudice per l'ottemperanza al giudicato⁽⁴⁶⁹⁾.

Nel 1988, il Consiglio di Stato provvide poi ad applicare nei confronti di un comune una penale di mille franchi per ogni giorno di inottemperanza, in relazione ad un periodo complessivo di tre mesi, in cui la p.a. omise ogni necessaria attività esecutiva e, così, complessivamente, 91 mila franchi⁽⁴⁷⁰⁾.

Ad ogni buon conto, il potere di *astreinte*, in origine eccezionale, non appare più tale da quando è stata varata la riforma del *contentieux administratif* del 1995⁽⁴⁷¹⁾.

Nell'alveo delle misure repressive dell'inesecuzione dell'autorità amministrativa soccombente, vanno ricomprese la misura del risarcimento dei danni che, eventualmente, consegue all'annullamento dell'atto elusivo del giudicato (*annulation et dommages-intérêts*) ovvero quella dell'ammenda (*amende*).

Quanto alla prima, si tratta di un tradizionale rimedio, di conio pretorio⁽⁴⁷²⁾, al rifiuto implicito o esplicito dell'amministrazione di dar corso al giudicato, costituito, oltre che, come si anticipava, dall'annullamento di eventuali provvedimenti in contrasto con il giudicato, dalla condanna risarcitoria comprensiva dei danni subiti dall'interessato a causa di questo comportamento e degli interessi maturati.

Inoltre – aspetto, questo, di notevole interesse – il giudice, ove abbia ragione di credere che la p.a. persisterà nel proprio illecito contegno, potrà con la medesima statuizione, «*anticipant sur l'avenir et exerçant en même temps un effet de pression sur l'administration*»,

⁽⁴⁶⁸⁾ Cfr. CE 17.5.1985 (*Dame Menneret*), in *EDCE*, 37, 1986, 87 ss. Al comune veniva assegnato un termine di due mesi per ottemperare al giudicato, a decorrere dalla notifica della decisione ed ingiunto il pagamento di un'*astreinte* di 200 franchi per ogni ulteriore giorno di ritardo nell'adempimento.

⁽⁴⁶⁹⁾ Si tratta, rispettivamente, di decisione pronunciata il 15 ottobre 1986 (*Leroux*, in *Rec. Lebon*, 1986, 231), riguardante lo Stato e, in particolare, il rifiuto della commissione dipartimentale per la riunione dei fondi agricoli frazionati di eseguire la sentenza e di decisione del 14 gennaio 1987 (*Laucoin*, in *Rec. Lebon*, 1987, 5) riguardante un ospizio che rifiutava la reintegrazione di un dipendente indebitamente destituito.

⁽⁴⁷⁰⁾ Cfr. CE, 2.3.1988 (*Société Les Tennis Jean Becker*), in *Rec. Lebon*, 1988, 108.

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. G. PEISER, *Contentieux administratif*, cit., 202 anche per una significativa rassegna giurisprudenziale.

⁽⁴⁷²⁾ Cfr., anche per riferimenti di dottrina, D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit., 85.

prevedere un ulteriore risarcimento, scongiurando il rischio di un eventuale nuovo futuro rifiuto dell'amministrazione di eseguire la sentenza⁽⁴⁷³⁾.

Infine, merita un breve accenno anche l'istituto dell'ammenda come previsto dalla legge 16 luglio 1980. Si tratta di una misura patrimoniale punitiva che viene inflitta dalla *Cour de discipline budgétaire et financière* nei confronti del pubblico funzionario che con il suo comportamento abbia determinato la condanna dell'amministrazione di appartenenza ad una *astreinte* (art. L 313-7, *Code jur. fin.*), così come nei confronti di chi non ha provveduto a garantire il pagamento di somme cui l'ente pubblico era stato condannato (L 911-10 *CJA*)⁽⁴⁷⁴⁾.

2.1. *Segue: astreinte e Zwangsgeld a confronto*

I rimedi esecutivi dell'*astreinte* e dello *Zwangsgeld*, sebbene accomunati dal fatto di essere entrambi dei mezzi di coercizione indiretta a carattere patrimoniale, presentano una serie di significative differenze che meritano di essere poste sotto la lente d'ingrandimento.

Convieni, infatti, osservare che sebbene l'*astreinte* abbia in comune con lo *Zwangsgeld* la caratteristica di poter trovare applicazione in tutti i casi in cui le misure esecutive omesse dalla p.a. siano una conseguenza necessitata o, comunque, diretta del giudicato⁽⁴⁷⁵⁾, la prima si differenzerebbe dalla seconda, in ragione del fatto che mentre le ingiunzioni possono sia accompagnare la decisione stessa e, dunque, essere immediate –

⁽⁴⁷³⁾ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, cit.*, 1133, che richiama fra gli altri, un precedente degli anni '60: CE 8.2.1961, *Roussel*, 85, concl. G. Braibant. Convieni ricordare che ove l'interessato ometta di impugnare il persistente rifiuto, implicito od esplicito, di dare esecuzione alla *chose jugée*, il rifiuto medesimo diverrà definitivo, ed il giudice non potrà, a tale stregua, che liquidare il risarcimento in via definitiva.

⁽⁴⁷⁴⁾ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, cit.*, 1151-1152, anche per interessanti riferimenti giurisprudenziali: in particolare, l'A. richiama un arresto della *Cour de discipline budgétaire et financière* con il quale veniva irrogata al presidente di un consiglio regionale un'ammenda di 30.000 franchi, per la mancata riammissione in servizio di un pubblico agente, a seguito dell'annullamento del suo precedente licenziamento (CDBF 20 dicembre 2001, *Janky c. Région Guadeloupe*).

⁽⁴⁷⁵⁾ Così R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, cit.*, 1145: «*On peut noter (ou rappeler) que la chose jugée est, selon les cas, susceptible de donner droit à des décisions déterminées ou seulement à un nouvel examen de la situation de l'intéressé. Dans ce dernier cas, il ne serait pas en droit de réclamer une mesure de contrainte si ce nouvel examen a été fait*»

cosicché il potere d'*astreinte* potrà essere direttamente esercitato, nel caso di infruttuoso decorso del termine di esecuzione già fissato dal giudice della cognizione – sia essere sollecitate più avanti, in seguito all'inosservanza della sentenza da parte dell'amministrazione⁽⁴⁷⁶⁾, lo *Zwangsgeld* presuppone, invece, necessariamente che i poteri direttivi di cui si tratta siano già stati spesi dal giudice del merito, di talchè la mancata ottemperanza da parte della *Behörde* entro un termine ragionevole a decorrere dalla notifica del titolo, legittima l'attivazione della procedura esecutiva.

Inoltre, con riferimento all'*astreinte*, bisogna ricordare che la penale è definitiva, solo se lo decide il giudice investito della questione; altrimenti, la stessa è provvisoria («*L'astreinte n'est "definitive" que si le juge en décide explicitement ainsi...*»)⁽⁴⁷⁷⁾. Si distinguono, quindi, tre fasi: una prima fase, attivata ad impulso di parte, tramite una domanda d'*astreinte*, in cui il g.a. provvede a delibarne la fondatezza, scrutinandone i presupposti di applicabilità e valutandone l'opportunità in ordina all'*an*; una seconda fase, immediatamente successiva, costituente un «*prolongement procédural de la demande d'astreinte*»⁽⁴⁷⁸⁾ in cui la penale viene determinata in via provvisoria, potendo il giudice, sino alla liquidazione in via definitiva, adattarla in base alla gravità dell'inottemperanza ed alla sua durata, eventualmente diminuendone l'importo ovvero revocandone del tutto l'applicazione, a seconda delle circostanze del caso concreto, come, per esempio, nelle ipotesi «*d'un retour de l'administration à un comportement plus correct (...)*» e, persino «*en cas d'inexécution constatée*»⁽⁴⁷⁹⁾; una terza fase, in cui la penale viene definitivamente liquidata ed irrogata, che scatterà, in linea di principio, non appena la pubblica amministrazione si determini ad adempiere.

Competente ad assicurare l'esecuzione e, dunque, ad ingiungere il pagamento della somma commisurata all'entità del ritardo è lo stesso giudice che ha pronunciato la decisione da eseguire, ai sensi dell'art. 8-4 del codice dei tribunali amministrativi e delle corti

⁽⁴⁷⁶⁾ Cfr. B. PACTEAU, *Le caractere effectif de la protection des persone*, cit., 20.

⁽⁴⁷⁷⁾ Così espressamente, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1138; Cfr. anche M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco*, cit., 534.

⁽⁴⁷⁸⁾ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1139.

⁽⁴⁷⁹⁾ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1138, 1139.

amministrative d'appello, introdotto dall'art. 62 della legge n. 95-125 del 1995⁽⁴⁸⁰⁾, il quale, anche d'ufficio, avendo persistito la p.a. nell'inottemperanza oltre il termine assegnato dal giudice mediante l'esercizio del *pouvoir d'injonction*, provvederà ad una liquidazione provvisoria della penale, in modo tale da coprire, generalmente, il primo trimestre di inottemperanza⁽⁴⁸¹⁾.

La stessa potrà, inoltre, essere reiterata ove l'inesecuzione persista oltre tale periodo e fin tanto che persista.

Una volta venuto meno l'inadempimento della pubblica autorità, il giudice provvederà, come si è detto, alla liquidazione definitiva, nei termini precedentemente illustrati⁽⁴⁸²⁾.

Il potere d'*astreinte*, in definitiva, si appalesa come un potere ampiamente discrezionale⁽⁴⁸³⁾, potendo il g.a. addirittura decidere se farne o meno uso, nel senso che potrebbe sin dalle prime battute respingere l'istanza del privato, al di là del fatto dell'inesecuzione.

Diversamente, nel sistema tedesco, l'inadempienza della p.a. determina, in presenza di un'istanza della parte interessata, un vero e proprio obbligo del giudice di dar corso alla procedura di coazione, applicando e liquidando l'ammenda allo scadere del termine assegnato con la diffida in assenza di esecuzione e senza che rilevi alcuna libertà di ap-

⁽⁴⁸⁰⁾ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1137-1138: «(...)la demande doit, pour les arrêts et les jugements don't il n'est pas fait appel, être présentée à la juridiction qui les a rendus, ce pendant que, s'agissant des jugements frappés d'appel, elle doit l'être à la cour qui en est saisie; (...) la juridiction peut, soit définir elle même les mesures et le délai d'exécution, ainsi que prononce l'astreinte, soit (si elle estime que c'est plus opportun) renvoyer la demande au Conseil d'Etat».

⁽⁴⁸¹⁾ «Statuant d'office ou sur demande du justiciable, la juridiction (...) procèdera à une liquidation provisoire, couvrant le premier trimestre d'inexécution» (cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1139, 1140 anche per indicazioni giurisprudenziali sul punto).

⁽⁴⁸²⁾ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1139.

⁽⁴⁸³⁾ Osserva J. GOURDOU, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte*, in *Rev. fr. droit. adm.*, 1996, 333, come la legge accordi al giudice la possibilità «au moment de la liquidation, de la modérer ou de la supprimer s'il lui apparaît que l'administration a fait tout son possible pour se conformer à la décision de justice». Anche prima della riforma del 1995, la giurisprudenza e la dottrina hanno sempre evidenziato il fatto che il Consiglio di Stato non fosse affatto obbligato a condannare la p.a. al pagamento di una *astreinte*, potendo soppesare oltre alla fondatezza dell'istanza del richiedente, anche l'opportunità di pervenire ad una siffatta conclusione (Cfr. in dottrina, Y-G CANNAC, *Exécution des décisions de la juridiction administrative*, in *Encyclopédie de droit public, Répertoire de contentieux administratif*, 1, Paris, 1983, nr. 196; F. LLORENS, *Astreintes administratives et exécution des jugements par les personnes morales de droit public*, in *Commentaire de la loi no. 80-539 du 16 juillet 1980: Annal. Univ. sc. soc. Toulouse* 29 (1981), 147 ss.).

prezzamento, se non nel decidere l'entità dell'importo entro la misura massima di diecimila euro.

Peraltro, in Germania, diversamente che in Francia, competente in ordine alle misure di esecuzione è sempre il tribunale di prima istanza, dunque anche se la decisione da osservare sia stata emessa da un'autorità giurisdizionale di grado superiore.

Ciò detto, le due procedure hanno in comune il fatto di non richiedere, per essere attivate, il ministero di un difensore⁽⁴⁸⁴⁾ e di non poter essere radicate immediatamente dopo la notifica della sentenza, dovendo il privato lasciar trascorrere un certo tempo in modo da consentire all'amministrazione di prepararsi all'esecuzione dotandosi dei mezzi necessari. Nondimeno, mentre in Germania, come visto, questo termine deve essere semplicemente ragionevole, non essendo ancorato a precisi parametri temporali, nel sistema francese, la domanda di *astreinte* non potrà essere presentata prima che siano decorsi tre o sei mesi dalla notifica del titolo, a seconda che si tratti di mettere in esecuzione rispettivamente una pronuncia del tribunale o della corte d'appello ovvero del Consiglio di Stato⁽⁴⁸⁵⁾

Peraltro, il termine sembra non valere ove l'esecuzione del giudicato richieda una certa urgenza ovvero quando l'autorità dichiara esplicitamente di non voler adempiere.

Occorre, viepiù, distinguere le ipotesi in cui la domanda *de mesures d'exécution (injonction e astreinte)* sia stata presentata al tribunale amministrativo o alla corte amministrativa d'appello, da quello in cui sia investito dell'affare il Consiglio di Stato.

Nel primo caso, il presidente del collegio giudicante o il giudice designato come relatore, «*va accomplir "toutes diligences utiles" pour obtenir l'exécution demandée*» (artt. L 911-4 e R 921-5 *CJA*). In caso di persistente inottemperanza dell'autorità amministrativa coinvolta, il presidente, previa emissione di un'ordinanza con la quale dà impulso alla procedura giurisdizionale esecutiva - che dovrà essere condotta a termine con urgenza - deciderà in ordine alle misure esecutive da impartire alla p.a. e, all'occorrenza, applicherà un'*astreinte*.

⁽⁴⁸⁴⁾Cfr., nell'ordinamento francese, gli artt. R 431-3, R 811-7, R 931-5 *CJA*.

⁽⁴⁸⁵⁾ Cfr., R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1142.

Qualora sia investito della questione il *Conseil d'Etat* (art. L 911-5), il presidente *de la section du contentieux* deciderà con ordinanza secondo le regole ordinarie, in ogni modo dopo aver trasmesso un'apposita relazione alla *section du rapport et des études* che opererà alla stessa stregua dei casi in cui viene direttamente interessata della vicenda, mercé la proposizione di una domanda *d'aide à l'exécution*.

D'altronde, tale sezione del *Conseil d'Etat* assume un ruolo di notevole importanza, nella misura in cui il suo presidente ha il potere di provocare la pronuncia di una *astreinte* da parte del presidente della sezione contenziosa⁽⁴⁸⁶⁾.

Da ultimo, gioverà soffermarsi su quelle che – probabilmente – risultano essere le differenze più eclatanti fra *astreinte* e *Zwangsgeld* e che riguardano le questioni della natura dei rimedi e quella, per certi versi collegata, del beneficiario dell'importo liquidato dal giudice a titolo di penale. Sotto il primo aspetto, si è detto della natura di mero mezzo di pressione morale o psichica ascritta allo *Zwangsgeld*, cui si è sempre negata qualsivoglia funzione sanzionatoria, salve le aperture di parte della dottrina e della giurisprudenza nei soli casi di inottemperanza ad un obbligo di non fare, quando l'obbligo medesimo, violato all'evidenza attraverso un comportamento attivo, non sia più suscettibile di essere osservato, essendo dunque impossibile una successiva esecuzione della regiudicata.

Altresì, è da escludersi in radice una qualche funzione risarcitoria nei confronti del richiedente, *in primis* in ragione del fatto che le somme liquidate dal giudice dell'esecuzione, ben lungi dall'essere incamerate dal creditore, vengono introitate dalle casse dello Stato e, segnatamente, dalla *Gerichtskasse*⁽⁴⁸⁷⁾; inoltre, il pregiudizio eventualmente subito dal creditore per l'inadempimento o il tardivo adempimento delle *obligationes iudicati* viene, all'occorrenza, riparato con il risarcimento dei danni secondo le classiche regole della responsabilità civile *ex* § 34 *GG* in combinato disposto con il § 839 *BGB*.

Per quanto concerne l'esperienza francese, il beneficiario delle somme relative all'*astreinte* irrogata dal giudice amministrativo è, invece, prima di tutto, il ricorrente vit-

⁽⁴⁸⁶⁾ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1143.

⁽⁴⁸⁷⁾ Per esempio, la Baviera ha attualmente una *Gerichtskasse* centrale, ubicata a Bamberg, destinata a raccogliere il denaro relativo alle misure patrimoniali di coazione indiretta.

torioso⁽⁴⁸⁸⁾, il quale ha, altresì, la possibilità di cumulare la domanda di esercizio del *pouvoir d'injonction* assistita da *astreinte* e la domanda di risarcimento dei danni patiti e patendi da violazione del giudicato amministrativo.

Il giudice competente, in ossequio al suo potere ampiamente discrezionale potrebbe decidere, anche per non dar la stura a fenomeni di *overcompensation*⁽⁴⁸⁹⁾, di devolvere alle casse dello Stato una parte del complessivo importo liquidato a titolo di penale ai sensi dell'art. L 911-8, al. 2 *CJA*⁽⁴⁹⁰⁾ Nondimeno, sarebbe del tutto illogico accreditare allo Stato anche solo una parte dell'*astreinte*, qualora sia proprio l'amministrazione ad essere inadempiente. Sicché, ben si può comprendere che il giudice in una tale situazione attribuirà, a prescindere, l'intero ammontare al creditore⁽⁴⁹¹⁾.

Circa la natura della *astreinte*, quest'ultima secondo gran parte della dottrina francese, assomma ad una funzione di coazione psichica – nella misura in cui suo scopo precipuo è quello di vincere la resistenza dell'amministrazione renitente, inducendola ad ottemperare al giudicato⁽⁴⁹²⁾ – una funzione anche sanzionatoria, essendo, fra l'altro, orientata a colpire una disobbedienza ad un ordine del giudice, alla stregua di una pena⁽⁴⁹³⁾.

È, invece, da escludere che possa discorrersi di un meccanismo, anche solo latamente risarcitorio, poiché, così come lo *Zwangsgeld*, anche l'*astreinte* non sostituisce né, dun-

⁽⁴⁸⁸⁾ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1139.

⁽⁴⁸⁹⁾ Cioè per conciliare l'esigenza di esercitare una pressione sull'autorità inadempiente con quella di evitare un ingiustificato arricchimento a favore della parte privata (cfr. J. P. COSTA, *L'effectivité de la justice administrative in France*, cit., 274).

⁽⁴⁹⁰⁾ Prima della legge finanziaria per il 2001, 30 dicembre 2000 (art. 51), questa parte veniva devoluta al c.d. Fondo di compensazione per la tassa sul valore aggiunto, relativo al finanziamento delle spese degli enti locali, il quale a propria volta aveva sostituito il c.d. "*fonds d'équipement des collectivités locales*" (art. 5 comma 2, legge 16 luglio 1980 istitutiva delle *astreintes* nell'ordinamento di giustizia amministrativa). Sul punto cfr. M. DISTEL, *Les personnes publiques et l'exécution des décisions de justice, La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes, apporte à l'administré des garanties nouvelles, a vrai dire limite: Monit. trav. Publ. 15 sept. 1980*, 71.

⁽⁴⁹¹⁾ Cfr. sul punto CE, 28 febbraio 2001, (*Fédérat. frce des masseurs kinésithérapeutes*), *Rec. Lebon*, 2001, 1148.

⁽⁴⁹²⁾ Cfr. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de droit civile*, 9 ed., II, vol. I, Paris, 1998, 1029.

⁽⁴⁹³⁾ Cfr. R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1996, 667.

que, pregiudica la possibilità per il ricorrente vittorioso di chiedere il risarcimento dei danni da violazione del giudicato (*dommages-intérêts*)⁽⁴⁹⁴⁾.

⁽⁴⁹⁴⁾ In Francia la netta distinzione tra misura coercitiva indiretta e meccanismi risarcitori è stata postulata sin dalla metà del novecento dalla giurisprudenza civile e successivamente dallo stesso legislatore (cfr. anche per riferimenti giurisprudenziali e legislativi, C. CONSOLO, F. GODIO, in C. CONSOLO, F. P. LUISO (a cura di) *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, sub art. 614 bis Milano, 2009, 278.

CONCLUSIONI

A conclusione di questa esposizione comparativa sulle soluzioni che, in particolar modo, Italia e Germania danno al problema dell'inottemperanza al giudicato, emerge come l'ordinamento tedesco – così come, per certi versi, quello francese – attribuisca grande importanza alla prevenzione del rischio di inottemperanza.

Si è, in altri termini, cercato di costruire, attraverso la previsione di incisivi poteri direttivi spendibili dal g.a. in un momento antecedente a quello dell'esecuzione forzata del giudicato, un modello idoneo a garantire al ricorrente una piena ed effettiva tutela giurisdizionale e finalizzato – attraverso il chiarimento, nella maggior misura possibile, della portata delle statuizioni da eseguire – ad incentivare la spontanea esecuzione delle sentenze da parte della pubblica amministrazione.

Al tempo stesso, pare che l'eventuale appendice di coazione indiretta, incarnata dallo *Zwangsgeld* (o dalla *astreinte* nella parallela esperienza francese) venga tralasciata come *extrema ratio*, deputata a fronteggiare i rischi di volontaria inesecuzione, peraltro del tutto trascurabili.

Si delinea, dunque, un sistema in cui, da un lato, relativamente agli aspetti vincolati del potere in contestazione, vengono anticipate al giudizio di cognizione quelle pronunce ordinarie (*Verpflichtungsurteil*, *Vollzugsfolgenbeseitigungsurteil* o *pouvoir d'injonction*)⁽⁴⁹⁵⁾, proprie del nostro giudizio di ottemperanza, aventi ad oggetto il provvedimento o il comportamento determinato che la p.a. è tenuta a rendere, mentre, dall'altro, in ordine al problema di come indurre l'amministrazione a riempire i residui spazi di discrezionalità, esclusa la possibilità di avvalersi dei predetti poteri direttivi, ricorre il potere del g.a. di irrogare delle penali nei confronti della p.a. inadempiente.

⁽⁴⁹⁵⁾ Nella misura in cui l'esercizio del potere di ingiunzione può, secondo parte della dottrina, essere anticipato nell'ambito della pronuncia che chiude il processo di cognizione (cfr. B. PACTEAU, *Le caractère effectif de la protection des personnes*, cit., 20).

Il modello tedesco, appare insomma quello più idoneo a garantire al ricorrente vittorioso una piena tutela, già in sede di cognizione, ed in particolar modo nei casi di rifiuto di un atto dovuto, atteso che nel caso di omissione il rito sul silenzio-inadempimento, soprattutto a seguito della riforma del 2005, sembra aver, almeno in parte, colmato le precedenti lacune in termini di effettività della tutela, consentendo al giudice di non limitarsi a dichiarare l'obbligo di provvedere, ma di formulare anche un giudizio di spettanza. Modello tedesco che sembra, peraltro, aver ispirato il legislatore italiano nella misura in cui con l'art. 44 comma 2 lett. b), nn. 3 e 4 della legge 69 del 2009, ha delegato il governo ad adottare un decreto legislativo volto a regolare, eventualmente riducendoli, *«i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice»* ed a prevedere *«le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa»*.

L'introduzione di un'azione di condanna sulla falsariga della *Verpflichtungsklage* consentirebbe senza dubbio, attraverso una più precisa definizione dei vincoli derivanti dal giudicato ed indirizzati all'amministrazione soccombente, di risolvere molti dei problemi legati all'esecuzione del giudicato amministrativo e delle inefficienze che ancora oggi caratterizzano il sistema italiano nel suo complesso.

In questo modo, almeno nei casi di attività vincolata della p.a. ovvero in quelli di attività discrezionale, quando non residuano, anche per effetto della decisione, ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione, il giudizio di ottemperanza potrebbe essere ricondotto nell'alveo più ristretto del giudizio di mera esecuzione, riportando quei momenti cognitivi che attualmente ne condizionano la natura – mista – nella loro sede naturale.

E considerato che, nella prassi, il g.a. spesso non adotta direttamente i provvedimenti attuativi, ma concede alla p.a. un termine per provvedere, nominando un commissario *ad acta* per l'ipotesi di ulteriore inerzia della p.a., si otterrebbe l'indubbio vantaggio di evitare quel *«duplice giro di attività giurisdizionale»*, scandita dall'annullamento del diniego, dall'ordine all'amministrazione di provvedere entro un certo termine, emanato in

sede di ottemperanza e da un secondo giudizio di questo tipo, per l'eventuale assunzione dell'atto e la somministrazione di direttive in ordine alla sua puntuale emanazione⁽⁴⁹⁶⁾.

Per quanto concerne le misure patrimoniali di esecuzione indiretta che hanno sortito risultati di sicuro interesse soprattutto in Francia, non essendo molti, in Germania, i casi in cui il giudice è giunto ad applicarle, queste potrebbero tornare utili anche in Italia, in aggiunta al meccanismo di esecuzione surrogatoria.

De jure condendo, anche in considerazione della novità rappresentata dall'art. 614 bis c.p.c. sull'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare, come introdotto dalla legge 69 del 2009, con il quale si è dato per la prima volta ingresso, nel nostro ordinamento, ad una figura generale di *astreinte*, il potere di irrogare una sanzione pecuniaria potrebbe andare ad ampliare la già vasta gamma dei poteri del giudice dell'ottemperanza e costituire uno stimolo ulteriore all'adempimento spontaneo da parte della pubblica autorità, così rendendo il potere sostitutivo del giudice amministrativo, nella forma diretta o indiretta, una sorta di *extrema ratio*.

Grande importanza rivestirebbero, in ogni caso, i seguenti aspetti: l'entità della misura irrogabile, per cui potrebbe non essere inopportuna la determinazione di una soglia massima sul modello dello *Zwangsgeld*, entro la quale modulare il potere d'*astreinte* che terrà conto della portata degli obblighi da adempiere; la fissazione del termine decorso il quale far scattare la misura, termine che dovrà consentire alla p.a. di approntare i mezzi necessari per dare esecuzione alla sentenza; l'unità temporale di riferimento per l'applicazione della somma dovuta a titolo sanzionatorio; la possibilità per il giudice di ridurre l'importo, in casi di parziale adempimento entro il termine fissato e di revocarla, oltre che nell'ipotesi di sopravvenuta ottemperanza, in quella di sopravvenuta impossibilità di eseguire il *dictum iudicis*, sempre entro il medesimo termine; un limite temporale di operatività dell'*astreinte*, da individuarsi da parte del g.a., superato il quale il ricorrente vittorioso, potrà, al limite, attivare il rimedio risarcitorio; la destinazione della somma a beneficio del ricorrente, come avviene, tendenzialmente, in Francia ove il rimedio, che

⁽⁴⁹⁶⁾ Cfr. anche R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 21 ss. che suggeriva, all'uopo, l'introduzione di un'azione di adempimento, mutuandola dal processo amministrativo tedesco.

non ha una funzione nemmeno latamente risarcitoria, ben può concorrere con la domanda di condanna al risarcimento dei danni da omessa o ritardata esecuzione della sentenza, un tanto rispondendo sicuramente ad una tutela piena ed effettiva del privato.

BIBLIOGRAFIA

- D. AMIRANTE, F. ROSI, *La giustizia amministrativa in Francia*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996.
- G. APREA, *Inottemperanza, inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003.
- L. ARU, *A proposito della effettività del giudicato amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981.
- J. M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3, Paris, 1984.
- G. AVANZINI, *L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo ed effettività della tutela*, in *Giur. cost.*, 1999.
- O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2. Aufl., Tübingen, 1968.
- J. BADER, M. FUNKE-KAISER, S. KUNTZE, J. VON ALBEDYLL, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 4. Aufl., Heidelberg, 2007.
- W. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörden*, Berlin, 1982.
- A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 67. Aufl., München, 2009.
- P. BECKER, H. KUNI, *Probleme des verwaltungsgerichtlichen Vergabeverfahrens für Studienplätze in der Humanmedizin*, in *DVBl* 1976.
- F. BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 t.u. del Consiglio di Stato*, Atti del Convegno sull'esecuzione del giudicato nei confronti della P.A., Milano, 1962.
- F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*
- K. A. BETTERMANN, nota a *OVG Lüneburg*, in *DVBl* 1969.

- K. A. BETTERMANN, *Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung*, in *NJW* 1960
- K. A. BETTERMANN, nota a *BVerwG*, 30.4.1971, in *DVBbl* 1973.
- R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di) *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996.
- S. BROß, *Zum Anwendungsbereich des Anspruchs auf Folgenbeseitigung*, in *VerwA* 1985.
- W. BRUGGER, *Gestalt und Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs*, in *JuS* 1999.
- C. CACCIAVILLANI, *Il giudizio di ottemperanza: il processo esecutivo amministrativo*, Roma, 1998.
- V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.
- C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981.
- C. CALABRÒ, *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1981, Milano, 1983.
- C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur. it.* (agg. 2003).
- Y.-G. CANNAC, *Exécution des décisions de la juridiction administrative*, in *Encyclopédie de droit public, Répertoire de contentieux administratif*, 1, Paris, 1983.
- E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo: scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979.
- R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 326.
- F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003.
- F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

- S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano, 1987.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, IV, Paris, 1993.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12 ed., Paris, 2006.
- R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della p.a. alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2003
- R. CHIEPPA, *Osservazione*, in *Foro amm.* 1995.
- G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960.
- M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.* 1/1985.
- M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- M. CLARICH, *Il giudizio amministrativo d'esecuzione*, in G. PALEOLOGO (a cura di) *I Consigli di Stato di Francia e Italia*, Milano, 1998.
- M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *VwGO*, München, 1996.
- C. CONSOLO, F. P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007.
- C. CORRELL, *Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Vergleiche gegen Hoheitsträger*, in *NVwZ* 1998.
- J. P. COSTA, *L'exécution des décisions des juridictions administratives en Italie*, in *Actualité Juridique – Droit Adm.*, 1994.

- J. P. COSTA, *L'effectivité de la justice administrative in France*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998.
- G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo*, nota a Tar Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. e app.* 2002.
- D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento, 2000.
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- P. DELVOLVÉ, *L'exécution des décisions de justice contre "l'administration"*, EDCE 35, 1983-1984.
- S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 7. Aufl., München, 2009.
- S. DETTERBECK, K. WINDTHORST, H-D SPROLL, *Staatshaftungsrecht*, München, 2000.
- M. DISTEL, *Les personnes publiques et l'exécution des décisions de justice, La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes, apporte à l'administré des garanties nouvelles, avrai dire limite*, in *Monit. trav. Publ.* 15 sept. 1980.
- H.-U. ERICHSEN, *Rechtsfragen öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigung*, in *VerwA* 1972.
- E. EYERMANN, L. FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8. Aufl., München, 1980.
- E. EYERMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl., München, 2006.
- G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000.
- G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa: spunti comparatistici con particolare riferimento all'ordinamento della Repubblica federale tedesca*, in Atti del Convegno su *La giustizia amministrativa nelle Regioni e Province a Statuto speciale*, in *Informator*, 1996.
- L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003.

- L. FERRARA, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio-inadempimento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, in G. FALCON (a cura di) *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001.
- E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1988.
- W. FIEDLER, *Der Folgenbeseitigungsanspruch – die "kleine Münze" des Staatshaftungsrecht? Zur Problematik des Folgenbeseitigungsanspruchs in der neueren Rechtsprechung*, in *NVwZ* 1986.
- K. FINKELNBURG, K. P. JANK *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Aufl., München, 1998.
- E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 6/2005.
- C. FRAENKEL, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania-Austria-Italia*, Trento, 2004.
- M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel dritto francese e tedesco*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 3, 1989.
- D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21 octies della L. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*.
- R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, II, Milano, 2007.
- R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009.
- S. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1/1979.
- J. GOURDOU, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte*, in *Rev. fr. droit. adm.*, 1996.
- G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980.
- B. GROßFELD, *Die Privatstrafe. Ein Betrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt a.M., Berlin, 1961.

- H. GÜNTHER, *Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beförderung*, in *NVwZ* 1986.
- H. HEGEL, *Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen*, in *Verwaltungs und Wirtschaft*, 29, Stuttgart 1963.
- F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, 5. Aufl., München, 2003.
- O. JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht: ein Studienbuch*, München, 1999.
- U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, in D. SORACE (a cura di) *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994.
- B. KIENEMUND, *Referatsleiterin presso il Bundesministerium der Justiz*, in *NJW*, 2002.
- W. KUHLA, J. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozeß*, 3. Aufl. München, 2002.
- W. KUHLA, J. HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozeß*, 2. Aufl., München, 1998.
- F. O. KOPP, *Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1.1.1991*, in *NJW*, 1991.
- F. O. KOPP, W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 15. Aufl., München, 2007,.
- F. O. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Aufl., München, 2007.
- E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, Paris e Nancy 1896.
- R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985.
- F. LLORENS, *Astreintes administratives et exécution des jugements par les persone morales de droit public*, in *Commentaire de la loi no. 80-539 du 16 juillet 1980: Annal. Univ. sc. soc. Toulouse* 29, 1981.
- A. LUCE, *Ancora sul giudizio di ottemperanza*, nota a Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41, in *Dir. proc. amm.* 4/1995.
- G. LÜKE, *Vorläufiger Rechtsschutz bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung*, in *NJW* 1978.

- M. MAFFEZZONI, *Il commissario ad acta organo del giudice dell'ottemperanza*, in *Foro amm.*, 2/1986
- L. MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, in nota a Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro amm.* CS 12/2003, 3723
- B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000.
- B. MARCHETTI, *L'esecuzione delle sentenze di primo grado*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008.
- M. MARTINI, *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl., Köln, München, 2008.
- S. R. MASERA, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332, in *Foro it.*, III, 2003.
- O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., München, 1924.
- H. MAZEAUD-L- MAZEAUD-J. MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de droit civile*, 9 ed., II, vol. I, Paris, 1998.
- F. MERUSI e G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, Bologna, 1986.
- A. MEZZOTERO, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno strumento di cui non si poteva davvero fare a meno?*, parte I, in *La rivista neldiritto*, 4/2009.
- W. MIEDTANK, *Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts*, Diss. jur., Göttingen, 1964.
- F. MODERNE, *Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif*, in *Rev. fr. droit adm.*, 1996.
- G. MONTEDORO, *Il giudizio avverso il silenzio*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008.

- J. MORAND-DEVILLER, *Une date: Le premier prononcé par le Conseil d'État d'une astreinte à l'encontre d'une personne morale de droit public. Observations.*, in *J.C.P.* 1985, II, 20448.
- S. MÜCKL, *Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO im System des vorläufigen Rechtsschutzes*, in *JA*, 2000.
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 313. In giurisprudenza cfr., fra le tante, Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Foro amm.* CS 10/2007.
- M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubb.*, 1954.
- M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubb.*, I, 1954.
- F. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 5 Aufl. München, 1998.
- B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 1, Paris, 1985.
- B. PACTEAU, *Le caractere effectif de la protection des persone dans le contentieux administratif français*, relazione presentata al convegno su *Effettività della tutela del cittadino nel processo amministrativo: limiti e possibili rimedi*, Consiglio di Stato, Roma, 29 marzo 1996.
- S. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro amm.* 1/2004.
- G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001.
- F. PATRONI GRIFFI, *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008.
- F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in G. PALEOLOGO (a cura di) *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998.
- S. PELILLO, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990.

- R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1996.
- E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003.
- F. PIGA, *Giudizio di ottemperanza e violazione del giudicato*, in *Foro amm.*, 1/1981.
- K. PLATZ, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Urteile*, *Diss. jur.*, Mainz 1958, 100
- H. POSSER, H. A. WOLFF, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1. Aufl., München, 2008.
- M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.* 6/1996.
- G. PÜTTNER, *Die Einwirkungspflicht. Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform*, in *DVBl* 1975.
- G. QUADRI, *L'ottemperanza nel diritto comparato*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione su «il giudizio di ottemperanza» - Varenna 17-19 settembre 1981*, Milano, 1983.
- K. REDEKER, § 113 Abs. 2 VwGO, in *DVBl*, 1991.
- K. REDEKER, H.-J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., Stuttgart, 2004 sub § 172.
- O. R. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, 1992.
- A. ROMANO, *L'attuazione dei giudicati amministrativi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001.
- G. RÖNNEBECK, *Klageformen im Bereich der verwaltungsgerichtlichen Leistungsklagen*, *Diss. jur.*, München 1968.
- M. ROSSANO, *Rassegna di giurisprudenza sulle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1958.
- M. ROSSETTI, *Accertamento e liquidazione del danno*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- W. ROTH, *Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen und Vergleiche gegen Behörden*, in *VerwA* 2000.

- W. ROTH, *Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners*, in *DVBl* 1996.
- H. H. RUPP, *Gelöste und ungelöste Probleme*, in *AÖR*, 85.
- H. H. RUPP, *Ungeschriebene Grundrechte unter dem Grundgesetz*, in *JZ* 2005.
- M. SALVATI, *Sull'ordinamento federale della giurisdizione amministrativa tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1962.
- A. M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.
- B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997.
- B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989.
- F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- W.-R. SCHENKE, *Der Anspruch des Widerspruchsführers auf Erlaß eines Widerspruchsbeseitigungsbescheids und seine gerichtliche Durchsetzung*, in *DÖV* 1996.
- W.-R. SCHENKE, *Der Folgenbeseitigungsanspruch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung*, in *DVBl* 1990, 328
- W.-R. SCHENKE, *Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 Abs. 5 VwGO*, in *DVBl* 1986, 11.
- W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, 11. Aufl., Heidelberg, 2007.
- M. E. SCHINAIA, *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht*, 13. Aufl., Bayreuth, 1994.
- F. SCHOCH, E. SCHMIDT-ABMANN, R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt-Kommentar*, München, 1996.
- E. SCHUNK, H. DE CLERCK, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1. Aufl., Siegburg, 1961.
- E. SCHUNK, H. DE CLERCK, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3. Aufl., Siegburg, 1977.

- W. SCHUSCHKE, in W. SCHUSCHKE, W.- D. WALKER, *Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz*, Köln – München, Heymann, 2002, I, *sub* § 890.
- R. SCHWEICKHARDT, *Der Verwaltungskt als Anknüpfungspunkt im Verwaltungsprozeß*, in *DÖV* 1965.
- H. SODAN, J. ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung-Nomoskommentar*, Baden-Baden, 2006.
- D. SORACE, A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, W. GASPARRI, *Giustizia amministrativa. Materiali.*, Padova, 2009.
- A. SORRENTINO, *Provvedimenti elusivi del giudicato e giudizio di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano 1983.
- P. STELKENS, *L'azione di obbligo nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Dinioghi e omissioni della pubblica amministrazione*, Roma 1991.
- E.-G. THOMAS, *Die Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *BayVBl* 1967, 338; *OVG Lüneburg*, 17.3.1967, in *DVBl* 1969.
- H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung*, 29. Aufl., München, 2008.
- A. TRAVI, *Giudizio di ottemperanza e giurisdizione di merito*, in *Il giornale di diritto amministrativo*, 1995.
- A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003.
- C. H. ULE, *Die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der rechtsstaatlichen Demokratie*, in *Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Schriftenreihe Hochschule Speyer*, Berlin, 1970.
- C. H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Aufl., München, 1987.
- L. VERRIENTI, *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VII, 1991.
- J. VIGUIER, *Le contentieux administratif*, Paris, 1998.
- R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.

- R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Studi per il centenario della Quarta sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989.
- R. VILLATA, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.* 1993.
- H. VON BARBY, *Verwaltungsgerichtliche Klagen auf Rechtsetzung*, *Diss. jur.*, Köln 1973.
- M. VON WULFFEN, *Sozialgesetzbuch X*, 6. Aufl., München, 2007.
- A. WETTLAUER, *Die Vollstreckung aus verwaltungs-, social- und finanzgerichtlichen Titeln zugunsten der öffentlichen Hand*, Berlin, 1989.
- W. ZIEMMERLING, *Zur Problematik der Gliederkörperschaftsstreitigkeiten zwischen Studentenschaft und Hochschule*, in *DÖV* 1977.
- J. ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, Atti LIV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 2008, Milano, 2009.