

GIULIA PAROLA

**Il giudizio di ottemperanza dopo 80 anni
ancora paladino dei diritti del cittadino**

Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, 2007
pagg. 2867-2872

GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

CONSIGLIO DI STATO, IV SEZIONE, 11 aprile 2007, n. 1572 — MARUOTTI *Presidente* — INASTASI *Estensore*.
— Gaburro (avv.ti Campanini, Panariti) - Comune di Gazzo Veronese (avv.ti Sardos, Albertini e Manzi) e Poli (n. c.).

Accoglie il ricorso per esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza della Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5364.

Giustizia amministrativa — Esecuzione del giudicato — Potere del giudice — Atti elusivi — Sussistenza.

Edilizia e urbanistica — Concessione edilizia — Distinzione rispetto alla variante — Criteri — Individuazione.

Edilizia e urbanistica — Concessione edilizia — Variante — Annullamento della concessione edilizia — Annullamento della variante.

Giustizia amministrativa — Esecuzione del giudicato — Poteri del giudice — Sopravvenienze normative e fattuali — Passaggio in giudicato della sentenza — Sussistenza.

In sede di giudizio di ottemperanza, che ha natura mista di esecuzione e di cognizione, non è precluso al giudice dell'ottemperanza l'esame degli atti che l'Amministrazione richiami a giustificazione della sua inottemperanza, fermo restando tuttavia che i limiti della cognizione sono funzionali allo scopo di stabilire se l'Amministrazione stessa abbia adempiuto o meno al comando contenuto nella sentenza passata in giudicato. Ne deriva, sul piano applicativo, che il giudizio di ottemperanza non può arrestarsi, in base ai noti principi di esaustività della tutela, per la sola presenza di provvedimenti qualora questi siano direttamente ricollegabili al substrato giuridico fattuale che è stato og-

getto di cognizione nella sentenza ottemperanda, e ciò tanto più qualora sia dedotto il carattere ictu oculi elusivo degli stessi (1).

Al fine di distinguere una nuova concessione edilizia dalla variante, gli elementi da prendere in considerazione sono costituiti dalle modificazioni quantitative o qualitative apportate all'originario progetto riguardanti in particolare la superficie coperta, il perimetro, la volumetria nonché le caratteristiche funzionali e strutturali (interne ed esterne) del fabbricato (2).

Una variante minore o non essenziale fa corpo con la concessione edilizia cui afferisce e, lungi dal costituire un titolo autonomo, è da ritenere caducata e travolta dall'annullamento della concessione stessa (3).

In sede di ottemperanza possono essere valutate solo sopravvenienze normative o fattuali successive alla pronuncia da eseguire, in quanto la stessa copre tutti profili prospettati o prospettabili dalle parti (4).

 *Omissis.* — Osserva il Collegio in generale che, al fine di stabilire se l'Amministrazione abbia effettivamente soddisfatto il giudicato o abbia tenuto un comportamento elusivo, occorre in primo luogo riferirsi alla concreta realtà processuale e al contenuto della sentenza, in relazione al *thema decidendum* introdotto nel giudizio e dibattuto fra le parti.

In questo quadro, in ragione della specifica natura del giudizio di ottemperanza, mista di esecuzione e di cognizione insieme, non è precluso al giudice dell'ottemperanza l'esame degli atti che l'Amministrazione richiami a giustificazione della sua inottemperanza, fermo restando tuttavia che i limiti della cognizione sono funzionali allo scopo di stabilire se l'Amministrazione stessa abbia adempiuto o meno al comando contenuto nella sentenza passata in giudicato.

Ne deriva, sul piano applicativo, che il giudizio di ottemperanza non può arrestarsi, in base ai noti principi di esaustività della tutela, per la sola presenza di provvedimenti qualora questi siano direttamente ricollegabili al substrato giuridico fattuale

che è stato oggetto di cognizione nella sentenza ottemperanda, e ciò tanto più qualora sia dedotto il carattere *ictu oculi* elusivo degli stessi.

4. Nel caso all'esame, a giudizio del Collegio, l'attività amministrativa posta in essere dall'Amministrazione comunale esibisce con evidenza tale carattere apertamente elusivo, nella misura in cui tende contraddittoriamente a riaprire questioni già coperte dal giudicato e a fondare su presupposti legittimanti che sono già stati oggetto di negativa considerazione in sede di cognizione.

In tal senso si osserva in primo luogo che le varie e contraddittorie iniziative intraprese dall'Amministrazione per la sanatoria dell'impianto non hanno tenuto conto di quanto affermato nella sentenza ottemperanda in ordine alla necessità della previa verifica preliminare alla valutazione di impatto ambientale.

Inoltre, con l'atto n. 2 del 31.1.2006 (la cui efficacia è stata comunque sospesa dal T.A.R. Veneto proprio per mancato rispetto del giudicato) l'Amministrazione ha stabilito di non adottare provvedimenti sanzionatori, sull'inesatto rilievo che i manufatti edificati dal sig. Poli troverebbero autonomo titolo abilitativo nella D.I.A. (in variante alla concessione n. 78 del 2003 annullata), presentata dal predetto il 12.11.2003.

Al riguardo si rileva innanzi tutto la perplessità del comportamento tenuto dall'Amministrazione la quale, nel corso del giudizio concluso con la sentenza ottemperanda, ha invece sempre contrastato nel merito l'impugnazione promossa dal sig. Gaburro avverso la concessione n. 78 del 2003, senza mai sostenere che la dichiarazione in parola potesse costituire autonomo titolo abilitativo.

Inoltre, per la costante giurisprudenza, al fine di distinguere una nuova concessione edilizia dalla variante, gli elementi da prendere in considerazione sono costituiti dalle modificazioni quantitative o qualitative apportate all'originario progetto riguardanti in particolare la superficie coperta, il perimetro, la volumetria nonché le caratteristiche funzionali e strutturali (interne ed esterne) del fabbricato (cfr. ad es. V Sez. n. 249 del 2003).

Ne consegue che la variante in oggetto — comportando in sostanza solo una modesta rototraslazione della sagoma di due dei tre capannoni rispetto al progetto approvato — deve considerarsi variante minore o non essenziale.

Tale variante fa quindi corpo con la concessione cui afferisce e, lungi dal costituire un titolo autonomo, è stata chiaramente caducata e travolta dall'intervenuto annullamento della concessione stessa.

Con riferimento poi all'atto dirigenziale n. 8 del 3.8.2006, si rileva che esso ha dato illegittimamente corso ad attività istruttorie onde accertare se l'impianto costituisca un allevamento intensivo o civile, laddove la sentenza in esecuzione ha chiara-

mente e definitivamente qualificato lo stesso come intensivo, indipendentemente dal numero degli animali in concreto ospitati.

A quanto sopra deve aggiungersi che l'Amministrazione, come risulta dalla comunicazione inviata in data 25.9.2006 al legale del ricorrente, continua a fondare le proprie iniziative sul presupposto della pendenza del procedimento avviato dal sig. Poli con la richiesta di concessione del 19.10.2002, laddove quel procedimento si è invece chiaramente concluso e non rileva in alcun modo ai fini dell'individuazione della normativa applicabile alla fattispecie.

In tal senso si ribadisce che in sede di ottemperanza possono essere valutate solo sopravvenienze normative o fattuali successive alla pronuncia da eseguire, in quanto la stessa copre tutti profili prospettati o prospettabili dalle parti.

In conclusione, da quanto precede risulta che l'Amministrazione non ha in alcun modo eseguito la decisione n. 5364/2005, limitandosi a porre in essere attività evidentemente elusiva del giudicato.

Il ricorso va pertanto accolto. — *Omissis*.



(1-4) Il giudizio di ottemperanza dopo 80 anni ancora paladino dei diritti del cittadino

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Quando vi è inottemperanza? Violazione ed elusione del giudicato? — 3. La sentenza del Consiglio di Stato.

«Le fait de la part de l'état, puissance publique, de se soumettre au contrôle d'un juge constitue un effort de bonne volonté qui doit demeurer spontané»

HAURIOU¹

1. Premessa.

Una parte della dottrina l'ha «osannato» definendolo «... una delle costruzioni più pregevoli di regole processuali del giudice amministrativo italiano»; altri, invece, l'hanno definito meno poeticamente «bruta normazione giurisdizionale²».

Nonostante «l'odi et amo» della dottrina, resta indiscussa la portata e l'importanza del giudizio di ottemperanza grazie al quale, nell'ambito della giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato³, si è progressivamente affermato, come vero garante dell'effettività della tutela del cittadino, il giudice amministrativo⁴.

trebbe mai essere esaustiva, in quanto i contributi sul giudizio di ottemperanza sono innumerevoli, si vedano tra i tanti: GALLO, *Condanna generica e giudizio di ottemperanza per il risarcimento dei danni nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 831; ID., *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. ammin.*, 2006, 482; IANNOTTA, *Rassegna di giurisprudenza sul giudizio di ottemperanza e giudizio da pretesa a risarcimento*, in *Foro*

¹ HAURIOU, *La gestion administrative*, Paris, 1899, 49.

² NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4^a ed., Bologna, 1994, 312.

³ MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici e politica: Le esperienze italiana e inglese a confronto*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studio universitario e perfezionamento*, Milano, 1983, 119.

⁴ Ovviamente una bibliografia su questo argomento non po-

Lo Stato di diritto, presuppone che tutti — amministrazioni e amministrati — rispettino le regole fissate dalle istituzioni competenti e si sottomettano alle sanzioni e alle conseguenze derivanti dal sua inesecuzione. Il rispetto del giudicato si collega direttamente a questa esigenza. Di fronte ai casi sempre più numerosi d'inesecuzione dei giudicati amministrativi⁵, e in mancanza di una norma giuridica che imponesse espressamente alla P. A. l'obbligo di ottemperare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, attraverso un'interpretazione a dir poco «rivoluzionaria», ha esteso nel 1928⁶, l'applicazione dell'art. 27 n. 4 del T. U. n. 1054 del 1924 alle decisioni del giudice amministrativo⁷. Dopo quasi ottant'anni dalla sua «creazione» il giudizio d'ottemperanza mantiene tuttora un'importanza notevole nella difesa dei diritti dei cittadini. Ancora oggi, infatti, l'amministrazione, come emerge dalla sentenza in commento, sembra piegarsi con difficoltà di fronte all'obbligo di ottemperare.

Prima di esaminare la decisione in epigrafe, appare interessante compiere un *excursus* giurisprudenziale relativo ai casi in cui si concretizza l'inottemperanza.

2. Quando vi è inottemperanza? Violazione ed elusione del giudicato?

La giurisprudenza amministrativa, a partire dal 1964, ha individuato quali comportamenti dell'amministrazione fossero riconducibili alla categoria dell'inottemperanza⁸. Attraverso un'evoluzione giurisprudenziale, il Consiglio di Stato ha, così, tracciato i confini tra ottemperanza e inottemperanza, estendendo sempre di più i casi di inesecuzione.

Il lungo *iter* evolutivo muove da una posizione originaria secondo la quale si considerava rientrante nell'inottemperanza solo l'inerzia assoluta e il rifiuto espresso di adeguare la situazione di diritto al contenuto della pronuncia del giudice amministrativo.

Questo orientamento si fondava sulla considerazione che l'attività posta in essere dall'amministrazione nell'intento di ottemperare al giudicato, «rappresenta» una nuova espressione del potere di cui essa è investita, con la conseguenza che se ne dovrebbe pertanto conoscere i vizi mediante l'ordinario sindacato di legittimità⁹.

Amm., TAR, 2006, 2275; TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza: profili ricostruttivi alla luce della L. n. 15 del 2005*, in *Giust. Amm.*, 2005, 473; BOBBIO, *Il giudice dell'ottemperanza e la P.A. tra obblighi derivanti dal giudicato e vincoli alla spesa*, in *Foro Amm.*, TAR, 2005, 4152; VELLUTO, *Presupposti e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Cons. Stato*, 2004, 1701; BUSICO, *Evoluzione del giudizio di ottemperanza*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2004, 568; APREA, *Inottemperanza inerzia commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 37; FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; GALLO, *Risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 623; LAMBERTI, *Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 2002, 2599; PEDRAZZOLI, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo*, in *Riv. Amm.*, 2002, 943; MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000; AVANZINI, *L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo e effettività della tutela*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1261; GRAZIOSI, *Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado*, in *Dir. proc. ammin.*, 1997, 450; DE LEONARDIS, *L'ottemperanza nell'amministrazione, tra imparzialità e commissario ad acta*, Torino, 1995; PELILLO, *Il Giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano 1990; MAFFEZZONI, *Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1987, 2860; GIACCHETTI, *Il commissario ad acta nel giudizio di ottemperanza: si apre un dibattito*, *ibidem*, 990; BARTOLOMEI, *Giudizio di Ottemperanza e giudicato amministrativo*, Milano, 1987; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983; CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983; NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione*, Varenna 17-19 settembre 1981, *Il giudizio di*

ottemperanza, Milano, 1983, 77; ABBAMONTE, *Giudizio di ottemperanza e sindacato di legittimità sugli atti successivi al giudicato*, in *Foro Amm.*, 1981, I, 1753; GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, *ivi*, 1979, 2621; CATURANI, *Sull'estensione dell'art. 27 n. 4 TU sul Consiglio di stato all'inesecuzione del giudicato amministrativo*, in *Atti del Convegno sull'adempimento al giudicato amministrativo*, Milano, 1962, 181; ALBINI, *Diritti e interessi all'ottemperanza: estensione dei limiti del giudicato del Giudice ordinario?*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962.

⁵ CATURANI, *Sull'estensione dell'art. 27 n. 4 TU sul Consiglio di stato all'inesecuzione del giudicato amministrativo*, in *Atti del Convegno sull'adempimento al giudicato amministrativo*, Milano, 1962, 181.

⁶ Decisione della IV Sez., 9 marzo 1928, n. 181, in *Foro Amm.*, 1929, I, 1, 150, con nota di TORRE.

⁷ Cons. di Stato, Sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181, cit.; MAFFEZZONI, *Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1987, 2860; ROMEO, *L'ottemperanza oggi*, in *Dir. proc. ammin.*, 1988, 51; PAJANO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro Amm.*, 1987, 1645; VERRIENTI, «Giudizio di ottemperanza», in *Digesto Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 268; LAMBERTI, *Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 2002, 2601.

⁸ Tra le prime decisioni del Consiglio di Stato che l'hanno recepita vi è, invece, la sentenza, Cons. di Stato, Sez. IV, 25 novembre 1964, n. 1364, in *Sett. Giur.*, 1964, I, 614, nella quale si discute di «(non) ammissibilità del ricorso in ottemperanza del giudicato da parte della P.A.».

⁹ VERRADO, *Atti di elusione e atti di violazione del giudicato innanzi al giudice dell'ottemperanza: definitivo superamento di una inutile dicotomia?*, in *Giur. It.*, 1992, 579. Vedi anche la nota 14 che

Per molto tempo la «fermissima»¹⁰ giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ammesso l'utilizzo del giudizio di ottemperanza solo in relazione a quei comportamenti visibilmente contrari al *dictum* giudiziale¹¹. Come aveva sottolineato Giannini, «con l'adozione di tale indirizzo giurisprudenziale sembra che il Consiglio di Stato abbia voluto configurare un concetto formale di inottemperanza, respingendo la possibilità stessa di una concezione sostanziale»¹².

In risposta a tale filone interpretativo, l'amministrazione ha escogitato numerosi modi per eseguire formalmente il giudicato, ed eluderlo nella sostanza¹³: così ottemperando solo parzialmente o adottando dei provvedimenti solo apparentemente conformi alla sentenza, la P. A. si liberava dall'obbligo di esecuzione e costringeva «il vincitore a riprendere da capo la via della cognizione in un inseguimento che ricordava il paradosso di Zenone»¹⁴.

In reazione a tale atteggiamento, a partire dagli anni ottanta, si è via via formata la cosiddetta «giurisprudenza dell'elusione»¹⁵: il Consiglio di Stato, ampliando l'area

d'intervento del giudice dell'ottemperanza, ha così compiuto un passo che, secondo Sassani, «è la chiave della trasformazione del processo amministrativo da celebrazione dell'ingiustizia della giustizia amministrativa, ad autentica manifestazione di tutela giurisdizionale». Questo nuovo indirizzo ammette, dunque, l'esperibilità del giudizio di ottemperanza non più e non solo nelle ipotesi di «non agere» della P. A., ma, anche nell'ipotesi in cui questa avesse adottato atti amministrativi che pur realizzando un formale adeguamento alla pronuncia giudiziale, davano luogo ad una sua sostanziale elusione¹⁶.

Successivamente anche l'adempimento parziale della sentenza è stato equiparato all'inerzia, in base alla considerazione, di chiara influenza civilistica, che l'adempimento parziale non vale adempimento¹⁷. Progressivamente i giudici hanno poi riconosciuto al ricorrente vittorioso la possibilità di adire il giudice dell'ottemperanza in seguito all'emanazione da parte della P. A. di atti adottati in palese o macroscopica elusione del giudicato¹⁸.

La giurisprudenza ha poi distinto tra violazione ed elusione del giudicato¹⁹ riconoscendo a queste due tipologie

riporta in modo completo le sentenze che testimoniano il filone giurisprudenziale che ammetteva il ricorso per ottemperanza esclusivamente nei casi di comportamento omissivo o di rifiuto espresso.

¹⁰ GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, Milano, 1960, 147.

¹¹ Cons. di Stato, Sez. IV, 5 novembre 1948, n. 452; Id., Sez. VI, 26 giugno 1951, n. 290; T.A.R. Campagna, 11 gennaio 1973, n. 2 e 12 novembre 1980, n. 955, tutte in *www.giustiziamministrativa.it*.

¹² GIANNINI, *Contenuto e limiti*, cit., 147, nello stesso senso vedi VIGNOCCHI, *Considerazioni sulla natura, limiti e possibilità di sviluppo dell'azione per l'esecuzione del giudicato ordinario e amministrativo*, in *Atti del convegno sull'adempimento*, cit., 180.

¹³ Cfr. in tal senso, Cons. di Stato, Ad. plen., 19 marzo 1984, n. 6, in *Foro Amm.*, 1985, 755; con nota fortemente critica di FRANCIOSI, *Inerzia e ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperare*. La meno recente giurisprudenza del Consiglio di Stato era già criticata in GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio*, cit., 147.

¹⁴ SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 113. Già la giurisprudenza precedente a quella «dell'elusione», è bene ricordarlo, si era proposta di attrarre nella sede dell'ottemperanza talune ipotesi che, in tempi più lontani, si ritenevano assoggettate alla generale regola implicante l'avvio di un nuovo e apposito processo di impugnazione: l'ipotesi di arrogante spregio del *decisum* riscontrabile nel caso di adozione di atti contrastanti con puntuali e vincolanti proposizioni ordinatorie della sentenza; ed ogni ipotesi in cui i poteri amministrativi conservati dalla P. A. successivamente alla pronuncia ponevano in essere manovre al fine di vanificare, in tutto o in parte, la forza degli effetti ordinatori della sentenza.

¹⁵ Vedi SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 112, in particolare nt. 8.

¹⁶ Si tratta di atti preparatori, preliminari, istruttori, adottati in dispregio delle statuizioni giurisprudenziali. Di modo che, come rileva CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro It.*, 1989, V, 421 «il giudice non deve accertare se l'amministrazione abbia emanato o no un (qualsiasi) provvedimento, ma semplicemente verificare se abbia ottemperato o no al giudicato».

¹⁷ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 4 giugno 1965, n. 558, in *Cons. Stato*, 1965, I, 1178; Id., Sez. V, 6 giugno 1984, n. 420, *ivi*, 1984, I, 773.

¹⁸ Questi atti sono stati fatti equivalere ai fini processuali anche gli atti meramente elusivi: vedi Cons. di Stato, Sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59, in *Giur. It.*, 1992, 580, con nota di VERRANDO, *op. cit.* Il Consiglio ha affermato che «l'adozione di un provvedimento in contrasto con il giudicato configura senz'altro comportamento inottemperante»: Cons. di Stato, Sez. V, 25 giugno 1990, n. 1492, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tra le ipotesi di inottemperanza, da valutare e neutralizzare nel giudizio di ottemperanza è stata considerata «la reiterazione di un provvedimento negativo a fronte di riconosciuta illegittimità del diniego». Cons. di Stato, Sez. V, 6 ottobre 1990, n. 712, in *Foro Amm.*, 1990, 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Caso da censurare in ottemperanza è stato considerato il nuovo bando di appalto-concorso a fronte di giudicato che impone l'aggiudicazione al ricorrente, vedi Cons. di Stato, Sez. V, 5 maggio 1990, n. 409, in *Foro Amm.*, 1990, 1195. Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 10 aprile 1970, n. 387, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. VI, 27 aprile 1972, n. 321, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Vedi anche LAMBERTI, *Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 2002, 2599.

¹⁹ Da ricordare in questo cammino è la sentenza del Cons. di Stato, Ad. plen., 13 luglio 1979, n. 23, in *Foro Amm.*, 1979, 1442. Di «violazione» del giudicato si parla ogni qual volta l'Amministrazione, nella successiva esplicazione dell'attività amministrativa, dà vita a provvedimenti in diretto contrasto con gli effetti ordina-

conseguenze diverse²⁰: la non conformità dell'atto elusivo può essere accertata tramite il giudizio di ottemperanza giacché l'atto, per quanto difforme dal giudicato, non assume alcun connotato idoneo ad esprimere l'autonomia; non così per l'atto che viola apertamente il giudicato, il quale non essendo legato a quest'ultimo mediante alcun nesso, è espressione di azione amministrativa assolutamente nuova e, come tale, esclusivamente sindacabile attraverso l'ordinario giudizio di legittimità. La suddetta distinzione «nasce dalla ricerca di una giustificazione per l'ingerenza del giudice nell'attività amministrativa ritenuta in via di principio impossibile, giustificazione la quale veniva praticamente trovata nel fatto che l'amministrazione avesse abdicato alla funzione, o non esercitandola o esercitandola in malafede»²¹.

Negli anni '90 il Consiglio di Stato sposta ulteriormente i confini dell'inottemperanza affermando il principio secondo il quale: «non vale a sottrarre l'atto al controllo del giudice dell'ottemperanza il solo fatto che l'amministrazione l'ha formalmente dichiarato "ottemperato" e gli atti emanati in violazione del giudicato sono nulli e inef-

ficaci e pertanto non cessa la competenza del giudice dell'ottemperanza»²³. Proprio quest'ultima elaborazione giurisprudenziale è stata di recente recepita dal legislatore nella L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, dove, all'art. 21 *septies*, si precisa che sarà colpito da nullità il provvedimento adottato in violazione o elusione del giudicato.

Il giudizio di ottemperanza assume, così, i connotati descritti dalla sentenza n. 59 del 3 febbraio 1992, n. 59: tale strumento «è una forma tipica di reazione al comportamento amministrativo confliggente con l'obbligo di conformarsi al giudicato»²⁴, e comprende, dunque, fra il novero dei suoi presupposti non solo qualsiasi comportamento omissivo o commissivo, incompatibile con la regola enucleata dalla pronuncia definitiva del giudice, ma anche ogni atto o comportamento che violi in qualunque modo, l'assetto delle situazioni giuridiche derivanti dal giudicato stesso²⁵.

L'attività di esecuzione della sentenza, posta in essere dalla Pubblica Amministrazione, è così sottoposta ad una valutazione critica condotta secondo i modelli del diritto

tori derivanti dalla sentenza (ad es. deve essere adottato — *ex iudicato* — un atto con una certa decorrenza e risulti invece emanato un atto con decadenza diversa) tanto che tale contrasto si rivela con riferimento a proposizioni direttive della stessa (la decisione impone *ex iudicato* una nuova valutazione di un titolo): DE ROBERTO, *Presentazione del tema del convegno*, in *Atti del convegno*, cit., 1983, 55. Ancora di recente alcune pronunce del Consiglio di Stato relative all'identificazione dei presupposti del vizio di violazione di giudicato, che la giurisprudenza tenta di ancorare a precisi parametri: cfr., Cons. di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 525; Id., Sez. IV, 10 aprile 2006, n. 1947, *ibidem*, 767; Id., Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334, in *Giur. It.*, 2004, 2198. Di «elusione» del giudicato si parla «allorquando l'Amministrazione, senza contrastare direttamente gli effetti ordinatori della sentenza esercita tuttavia, in ambiti non investiti dal *decisum*, i suoi poteri amministrativi per vanificare o ridurre la portata della statuizione ordinaria. DE ROBERTO, *Presentazione del tema del convegno*, in *Atti del convegno*, cit., 55. Così l'inottemperanza si verifica non solo nel caso di inerzia totale o rifiuto esplicito ad adempiere ma si concretizza anche nel caso in cui l'autorità amministrativa tenga un comportamento di esecuzione incompleto, inesatto (NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti*, cit., 1983, 102) apparente, elusivo o dilatorio (CLARICH, *Il giudizio amministrativo d'esecuzione*, in PALEOLOGO, *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, cit., 338).

²⁰ Se ne ha precisato riscontro anche in giurisprudenza: «Nel primo caso si opera nell'ambito di una giurisdizione di merito e la pronuncia del giudice è diretta a garantire un soddisfacimento della pretesa sostanziale; nel secondo caso, altro non può fare questo collegio che valutare la legittimità del provvedimento adottato e, nel caso vi ravvisi motivi di illegittimità, disporre l'annullamento del provvedimento stesso». Così T.A.R. Lazio, 3 giugno 1981, n. 483, in *Foro Amm.*, 1981, 1749.

²¹ NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti*, cit., 1983, 102.

²² Cons. di Stato, Sez. V, 17 dicembre 1991, n. 1379, in *Giur. It.*, 1992, III, 1, 508.

²³ Cons. di Stato, Sez. VI, 16 febbraio 1990, n. 265, in *Foro Amm.*, 1990, 432.

²⁴ In tal senso Cons. di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 1992 n. 59, in *Giur. It.*, 1992, III, 1, 580, con nota di VERRANDO, *Atti di elusione e atti di violazione del giudicato innanzi al giudice dell'ottemperanza: definitivo superamento di un'inutile dicotomia?*

²⁵ Cons. di Stato, Sez. VI, 7 luglio 1990, n. 696, in *Foro Amm.*, 1990, 1767. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 114. Il recupero del concetto di adempimento modellato secondo i canoni del diritto comune, ha portato a parlare di adempimento apparente (assimilato a inadempimento). La soluzione di far confluire nel giudizio di ottemperanza ogni tipo di indagine volta a verificare la conformità tra attività attuativa e statuizione del giudicato tende, dunque «a creare un costume di legalità e, quel che più conta, di credibilità, per la funzione amministrativa e per le garanzie del cittadino». Cfr. ABBAMONTE, *Giudizio di ottemperanza e sindacato di legittimità sugli atti successivi al giudicato*, in *Foro Amm.*, 1981, I, 1753. Il Consiglio ha aggiunto che il termine per l'avvio del giudizio di ottemperanza debba essere considerato quello dell'azione del giudicato e non quello decadenziale anche nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione emani un provvedimento: LAMBERTI, *Temi ancora irrisolti in materia di giudizio di ottemperanza*, cit., 2599. Di recente si vedano le sentenze: Cons. di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861, cit.; Id., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro Amm.*, CdS, 2003, 3694, con nota di MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*.

civile. La sentenza dovrà infatti essere vagliata alla stregua della nozione di «esatto adempimento²⁶»: solo quando la P. A. avrà assunto un comportamento di piena conformità al giudicato, garantendo così l'effettiva tutela delle posizioni giuridiche dei soggetti privati, «il regolamento posto attraverso la pronuncia definitiva avrà integrale attuazione»²⁷.

3. La sentenza del Consiglio di Stato.

Con la decisione in commento il Consiglio di Stato accoglie il ricorso relativo all'esecuzione del giudicato formatosi in seguito alla sentenza della IV Sezione n. 5364 del 2005.

La Sezione aveva annullato la concessione edilizia rilasciata dal Comune di Gazzo Veronese al sig. Poli Massimo per la costruzione di tre capannoni ad uso di allevamento avicolo. Con diffida, il ricorrente sig. Gaburro aveva intimato all'Amministrazione comunale di provvedere entro il termine di trenta giorni all'esecuzione della sentenza stessa. Il Dirigente responsabile del procedimento aveva, invece, stabilito di non adottare provvedimenti sanzionatori, affermando che i manufatti edificati dal sig. Poli trovavano autonomo titolo abilitativo nella D.I.A. presentata dal predetto il 12 novembre 2003. Questo atto era stato impugnato dal sig. Gaburro avanti al T.A.R. Veneto, il quale con ordinanza n. 354 del 2006 ne aveva sospeso l'efficacia. Successivamente il sig. Poli aveva domandato il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria, sostenendo che l'allevamento avicolo in controversia non aveva natura intensiva. Il Dirigente aveva richiesto al sig. Poli di produrre la documentazione atta a dimostrare che l'allevamento non aveva natura intensiva, chiarito che, secondo l'Amministrazione comunale, la domanda presentata dal sig. Poli in data 19 ottobre 2002

(all'esito della quale fu rilasciato il permesso poi annullato dalla Sezione) era ancora pendente. Il sig. Gaburro, ravvisando il carattere elusivo dell'attività posta in essere dall'Amministrazione comunale, aveva proposto ricorso in ottemperanza chiedendo che al comune fosse ordinato di provvedere all'integrale esecuzione della decisione del Consiglio di Stato n. 5364 del 2005 mediante riduzione in pristino e che, nell'ipotesi di inottemperanza, fosse all'uopo nominato un commissario *ad acta*.

La IV Sezione riafferma la «giurisprudenza d'elusivone», osservando che, al fine di stabilire se effettivamente l'Amministrazione abbia soddisfatto il giudicato, è essenziale riferirsi alla concreta realtà processuale e al contenuto della sentenza.

Così, allineandosi all'indirizzo prevalente, sostenuto sia in giurisprudenza che in dottrina, il Consiglio di Stato afferma che il giudizio di ottemperanza ha una natura mista di cognizione e esecuzione²⁸: mista «nel senso che il giudice dell'ottemperanza cumula un'attività cognitiva (quando scioglie «le riserve» e le insufficienze del giudicato: sotto questo profilo integra il giudicato stesso) e una attività esecutiva (quando assume le misure necessarie a tradurre effettivamente nella realtà il diritto posto dal primo giudice e da esso stesso giudice dell'ottemperanza). I due aspetti sono così strettamente congiunti da far ritenere impossibile o notevolmente difficile distinguerli»²⁹.

Rispetto a questa tesi si è assistito ad una crescente valorizzazione della natura cognitiva su quella esecutiva tanto da considerare il giudizio di ottemperanza «il luogo privilegiato della cognizione giurisdizionale». Le ragioni sono legate all'assenza nel corso del giudizio di ottemperanza «dei condizionamenti propri della sede giurisdizionale di legittimità ed all'ampiezza dei poteri esercitabili dal giudice»³⁰.

²⁶ In tal senso Cons. di Stato, Sez. VI, 4 febbraio, 1992, n. 59, in *Giur. It.*, 1992, III, 1, 580, con nota di VERRANDO, *Atti di elusione e atti di violazione del giudicato innanzi al giudice dell'ottemperanza: definitivo superamento di un'inutile dicotomia?*

²⁷ Cfr. APREA, *Inottemperanza inerzia commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano 2003, 37. Se l'inottemperanza è qualsiasi elusione del giudicato, che si manifesti come inerzia, rifiuto ecc., e in tal senso risulta orientata la giurisprudenza amministrativa, ciò ha determinato l'individuazione ai fini della ammissibilità del ricorso, della distinzione fra attività discrezionale e attività vincolata. Quando la sentenza imponga alla P. A. di adottare un certo atto, solo la sua adozione costituisce ottemperanza; invece, se la sentenza lascia all'Amministrazione margini di discrezionalità, nei confronti dei nuovi atti (che non risultino di per sé incompatibili con la sentenza) deve essere esperita l'impugnativa ordinaria. In tal senso Cons. di Stato, Sez. V, 17 febbraio 1999, n. 183, in *Foro Amm.*, 1999, 366; Id. Ad. plen., 8 aprile 1995, cit. Ma vi

sono molte difficoltà nell'individuare un indirizzo soddisfacente in riferimento a questo problema, vedi APREA, *Inottemperanza inerzia commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, cit., 39.

²⁸ FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., 44; SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti per i 150 del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 308; GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, 2614; PIGA, *L'ottemperanza: giudizio di cognizione o di esecuzione?*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza amministrativa*, cit., 137.

²⁹ NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione*, cit., 100.

³⁰ POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 208, che opera una completa ricostruzione delle diverse posizioni dottrinarie sul questo tema e un esame della loro evoluzione.

La giurisprudenza ha confermato questo secondo indirizzo definendo l'ottemperanza una procedura «composita», ovvero «come giudizio che attua la definizione progressiva delle regole da rispettare nello svolgimento dell'attività amministrativa rinnovatoria³¹»; e ancora, come «prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire il contenuto vincolante della sentenza amministrativa³²».

Nella specie, posto che il giudizio di ottemperanza ha natura mista, la IV Sezione, nella sentenza in epigrafe, sottolinea come i propri poteri di cognizione comprendono l'esame degli atti che l'Amministrazione richiama a giustificazione della sua inottemperanza, essendo questi funzionali allo scopo di stabilire se si sia o meno adempiuto. In riferimento a questi, il Consiglio rileva che l'attività del comune presenta un carattere apertamente elusivo in quanto riapre questioni già coperte dal giudicato e fondate su presupposti legittimanti che erano già stati oggetto di negativa considerazione in sede di cognizione.

Il Consiglio di Stato riconferma inoltre l'illegittimità, già rilevata dal T.A.R. Veneto, dell'atto con cui la P. A. aveva stabilito di non adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti del sig. Poli, in quanto i suoi manufatti trovavano autonomo titolo abilitativo nella D.I.A. in variante alla concessione n. 78 del 2003, presentata il 12 novembre 2003. In riferimento a tale situazione la Sezione richiama la costante giurisprudenza relativa alla distinzione tra una nuova concessione edilizia e la variante: al fine di tale distinzione gli estremi da prendere in considerazione sono costituiti dalle modificazioni quantitative o qualitative apportate all'originario progetto, riguardanti in particolare la superficie coperta, il perimetro, la

volumetria, nonché le caratteristiche funzionali e strutturali, interne ed esterne del fabbricato, con la conseguenza che una modesta rototraslazione della sagoma dell'edificio rispetto al progetto approvato deve considerarsi variante minore o non essenziale³³. Essendo stata definita in questi ultimi termini, nel caso di specie, la variante, ad avviso del Consiglio, è stata travolta dall'annullamento che ha colpito la concessione stessa. La Sezione prosegue poi rilevando che l'amministrazione, nonostante la sentenza avesse definitivamente qualificato l'allevamento come intensivo, aveva dato comunque corso ad attività istruttoria per accertare se si trattava di un allevamento civile o intensivo, dichiarando che la richiesta di concessione era ancora pendente. Il Consiglio respinge tale posizione affermando che il procedimento si era definitivamente concluso e non rileva in alcun modo ai fini dell'individuazione della normativa applicabile al caso in esame. La IV Sezione, a questo proposito, sottolinea come in sede di ottemperanza possono essere valutate solo sopravvenienze normative o fattuali successive alla pronuncia da eseguire in quanto la pronuncia copre tutti i profili prospettati e prospettabili dalle parti³⁴. In questi termini il Consiglio sembra seguire quella parte della giurisprudenza che, in particolare nei giudizi aventi ad oggetto un illegittimo diniego di concessione edilizia³⁵, ritiene irrilevanti solo le sopravvenienze intervenute successivamente alla notificazione della decisione di annullamento, mentre le variazioni della situazione di fatto o di diritto verificatesi prima di tale momento possono legittimamente essere opposte al ricorrente vittorioso³⁶. A parziale tutela dell'interesse dei singoli è previsto, secondo questa opinione, un temperamento che deriva

³¹ Cons. giust. amm., 22 marzo 1993, n. 114, in *Giur. Amm.*, 1993, 72. Di recente si veda la sentenza del Cons. di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861, cit.; Id., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, cit.

³² CALABRÒ, *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza amministrativa*, cit., 159.

³³ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2003, n. 249, in *Foro Amm.*, CdS, 2003, 116; si veda anche: Cons. di Stato, Sez. V, 11 aprile 1996, n. 392, in *Foro Amm.*, 1996, 1213 ed in *Cons. Stato*, 1996, I, 590; Id., Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5926, in *Foro Amm.*, 2001, 2841; Id., Sez. V, 11 marzo 2005, n. 1023, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 24 aprile 2006, n. 405, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id. Abruzzo, Pescara, 12 aprile 2006, n. 250, in *Comuni*, 2006, 6, 87; Id. Puglia, Lecce, Sez. III, 6 giugno 2007, n. 2226, in *www.lexitalia.it*; Cons. di Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 865, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina si vedano: ANNUNZIATA, *Sulla autotutela della p.a. in materia di edilizia*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1546; CACCIAVILLANI LANZIERI, *La concessione edilizia in variante e il regime*

della sua onerosità, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 1995, 221; PIRAINO LETO, *Variazioni sulla concessione edilizia*, in *Nuova Rass.*, 1994, 2006.

³⁴ Cfr. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003, 308; TARCHI, *Leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990; NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit.; KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Cenni minimi su giudizio d'ottemperanza e impossibilità d'esecuzione del giudicato*, cit., 404.

³⁵ Contrarie all'indirizzo in esame sono Cons. di Stato, 23 maggio 1984, n. 393, in *Cons. Stato*, 1984, 566; Id., 12 giugno 1987, n. 373, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 1988, 83, con note di BADI LAZZARI, *Jus superveniens: braccio di ferro tra Adunanza Plenaria e sezione semplice del Consiglio di Stato*; SANDULLI, *Sopravenienza di strumenti urbanistici e domande edilizie pretermesse*, cit.

³⁶ Questi argomenti sono sviluppati nella decisione Cons. di Stato, Ad. plen., 8 gennaio 1986, in *Foro Amm.*, 1984, 14; in *Dir. proc. ammin.*, 1986, 431, con note di FALCON, *Obbligo di esecuzione e potere urbanistico comunale dopo la sentenza di annullamento del diniego di concessione edilizia*, 579.

appunto dalla notificazione della decisione, momento oltre il quale le sopravvenienze sono irrilevanti³⁷.

La IV Sezione conclude così accogliendo il ricorso affermando che l'Amministrazione non ha in alcun modo eseguito la decisione limitandosi a porre in essere attività

elusive del giudicato, e confermando ancora una volta come il giudizio d'ottemperanza permanga paladino dei diritti del cittadino!

GIULIA PAROLA

³⁷ I rapporti tra giudicato e sopravvenienze normative è stato oggetto di numerose pronunce, rese tanto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato quanto dalle Sezioni giurisdizionali. Una parte della giurisprudenza ritiene sensibile il giudicato amministrativo di annullamento allo *ius superveniens* (Particolarmente rappresentative di questo indirizzo v. Cons. di Stato, Sez. IV, 27 maggio 1977, n. 537, in *Cons. Stato*, 1977, I, 778; Id., Ad. plen., 14 luglio 1978, n. 23, in *Cons. Stato*, 1978, I, 948). Questa giurisprudenza sostiene che l'interesse pubblico posto alla base dell'agire dell'amministrazione può prevalere sull'interesse legittimo perché, quest'ultimo, è strutturalmente subordinato al primo: quando una disposizione sopravvenuta fornisce una nuova valutazione di ciò che sia conforme all'interesse pubblico, questa deve essere seguita anche se comporta l'eventuale pregiudizio degli effetti del giudicato amministrativo. Non essendo rilevante il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il giudice in sede di ottemperanza concilierà gli effetti della decisione con la nuova situazione di fatto o di diritto. Un secondo orientamento afferma invece il principio dell'immunità del giudicato e la conseguente irrilevanza delle sopravvenienze, escludendo la possibilità del legislatore di sovrapporsi alla magistratura modificando situazioni già definite dal giudice e coperte dall'autorità di giudicato; in caso contrario le decisioni giurisdizionali potrebbero essere rese inutili in ogni momento, con grave pregiudizio per la certezza delle situazioni giuridiche soggettive e l'effettività della tutela. I sostenitori di questa tesi intendono applicare al processo amministrativo il principio, generale, per cui «la domanda giudiziale deve ricevere soddisfazione come se non vi fosse distacco temporale» (BARTOLOMEI, *In tema di rapporti tra ius superveniens e giudicato amministrativo in materia di condono edilizio*, cit., 95) fra domanda,

sentenza e la sua attuazione (Cons. reg. sic., 25 febbraio 1981, n. 1 in *Foro Amm.*, 1981, 374; la pronuncia più autorevole resta Cons. di Stato, Ad. plen., 21 febbraio 1994, n. 4, *ivi*, 1994, 352; in *Dir. proc. ammin.*, 1995, 225, con note di COLONNA, *Giudicato e ius superveniens retroattivo: un'armonizzazione difficile*. Nel senso precisato vedi anche Cons. di Stato, Sez. IV, 1° aprile 1993, n. 393, in *Cons. Stato*, 1993, 1490; Id., 19 maggio 1997, n. 531, *ivi*, 1997, 649). Di conseguenza, secondo questa opinione anche alla giurisdizione generale di legittimità va esteso il «fondamentale principio del processo civile per cui la durata del giudizio non deve danneggiare l'attore che ha ragione»; principio che, unito a quelli di effettività della tutela giurisdizionale e di separazione dei poteri rappresenta, «una irrinunciabile conquista in termini di civiltà giuridica». Il primo in fatti riguarda non solo il diritto ad agire davanti a un giudice, ma anche e soprattutto il diritto di ottenere una statuizione definitiva e immutabile [cfr. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro It.*, 1989, V, 421; come è noto, il principio secondo il quale la durata del processo non deve danneggiare l'attore che ha ragione fu enunciato la prima volta in Italia da Chiovenda sulla nascita di una complessa analisi del diritto civile sostanziale e processuale dell'epoca ed in seguito a suggerimenti della dottrina tedesca (Savigny) che anche in forza dello stesso tentò di desumere una figura generale di provvedimento provvisorio cautelare]. In questo quadro si inserisce anche un indirizzo più flessibile, secondo il quale la prevalenza dell'interesse pubblico sulle situazioni giuridiche soggettive accertate con decisione passata in giudicato (e di conseguenza la rilevanza dello *ius superveniens* rispetto al giudicato stesso) deve essere valutata caso per caso, operando una comparazione tra gli opposti interessi.