

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea in Scienze dei servizi giuridici



I rimedi all'inottemperanza della Pubblica Amministrazione in alcuni ordinamenti europei

Relatore: Prof. Alessandro Squazzoni

Relazione della prova finale di:

Marina Chiapello

Matricola 787839

Anno Accademico 2021-2022

A Giovanni e alle mie figlie

Introduzione

Questo studio comparativo si propone di osservare e descrivere gli strumenti a disposizione di coloro che si trovano a far fronte all'inottemperanza di una pubblica amministrazione in alcuni ordinamenti europei. Tale inottemperanza può consistere sia nella mancata esecuzione o nell'esecuzione solo parziale di una sentenza pronunciata dal giudice amministrativo, sia nel diniego o nell'omissione di un provvedimento che la legge stabilisce come dovuto. Sebbene in generale il ruolo della comparazione giuridica sia ormai ridotto nel quadro di armonizzazione dell'Unione Europea, si nota che i sistemi dei diversi Stati mantengono ancora rilevanti peculiarità, il cui sviluppo è frutto di un'autonoma evoluzione storica. Emerge inoltre come il singolo individuo, sia egli semplice utente dei servizi offerti al pubblico o parte nel processo amministrativo, in tutti gli ordinamenti considerati, non venga più considerato unicamente un soggetto passivo sottoposto al potere dell'autorità amministrativa, ma quale beneficiario invece di una serie di garanzie volte alla tutela effettiva dei suoi diritti soggettivi e interessi legittimi. Nel primo capitolo si tratta di quel particolare istituto che è il giudizio di ottemperanza, proprio della giustizia amministrativa italiana, in quanto si prevede che il giudice amministrativo eserciti anche una giurisdizione estesa al merito, la quale comporta che egli possa sostituirsi, direttamen-

te o attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, all'amministrazione inadempiente. Ciò non avviene invece in altri sistemi di giustizia amministrativa, quali quello tedesco e francese, di cui si tratta rispettivamente nel secondo e terzo capitolo, improntati ad una separazione dei poteri tra amministrazione e giurisdizione decisamente più rigida e nei quali, a presidio dell'esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione, si predilige l'utilizzo delle misure di coercizione indiretta consistenti nello *Zwangsgeld* e nell'*astreinte*.

Si procede poi nel capitolo quattro affrontando l'evoluzione nel tempo degli *administrative tribunals* in Gran Bretagna che, a dispetto del nome, non sono organi giudiziari, ma amministrativi, sebbene le loro decisioni siano in molti casi simili alle pronunce delle corti. A queste ultime spetta invece, sempre nell'ambito delle controversie tra i cittadini e l'autorità amministrativa secondo la procedura di *judicial review*, un controllo di legittimità sull'azione delle stesse autorità. Nel quinto capitolo, infine, si osserva come anche nel sistema spagnolo, a partire dalla *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1956, la giustizia amministrativa diviene specializzata nel controllo giuridico delle pubbliche amministrazioni con la costituzione di udienze territoriali, ovvero di tribunali nelle varie province, nelle quali vi è una sala del contenzioso amministrativo. Al vertice troviamo il tribunale supremo, le cui sale dedicate al contenzioso amministrativo conoscono delle controversie relative ai provvedimenti dell'amministrazione centrale dello Stato. Si ritiene utile rilevare anche come, in alcuni di questi ordinamenti esaminati, abbia assunto una notevole importanza l'istituto del difensore civico, organo preposto alla verifica dei casi di *maladministration*, quando cioè l'attività dell'amministrazione non sempre si rivela ispirata ai principi

di proporzionalità, trasparenza, imparzialità e ragionevolezza e ciò diviene causa di disservizi e malfunzionamenti che spesso impattano anche nella sfera giuridica dei cittadini.

Ringraziamenti

Ringrazio il mio relatore, Prof. Alessandro Squazzoni, per l'attenzione che mi ha dedicato nella stesura di questo lavoro.

Nello sviluppo della tesi, ho fatto riferimento ai contenuti della dissertazione di Federico Secchi dell'Università di Trento, relativa ad uno studio comparato sull'esecuzione del giudicato amministrativo nelle realtà italiana e tedesca.

Ringrazio inoltre Tom Pollard per il suo modello di tesi: *“Template for writing a PhD thesis in Markdown”*¹ che ho utilizzato nella stesura del documento.

¹Tom Pollard and others, «Template For Writing A Phd Thesis In Markdown» <<https://zenodo.org/record/58490>> consultato 17 luglio 2022.

Indice

Introduzione	i
Ringraziamenti	iv
Abbreviazioni	
1 La giustizia amministrativa in Italia	1
1.1 L'attuazione del giudicato: il giudizio di ottemperanza	1
1.2 I poteri sostitutivi indiretti: il commissario <i>ad acta</i>	8
1.3 Il risarcimento del danno da inottemperanza	12
2 L'esperienza tedesca	17
2.1 L'azione di annullamento (<i>Anfechtungsklage</i>) e l'azione di adempimento (<i>Verpflichtungsklage</i>)	17
2.2 Il contenzioso ingiuntivo: la c.d. " <i>Verpflichtungsklage</i> "	21
2.3 L'applicazione generalizzata della tutela cautelare	23
2.4 Le misure coercitive: lo <i>Zwangsgeld</i> (§ 172 VwGO)	24
2.5 I mezzi di tutela esperibili dalle parti	29
2.6 Il rapporto fra lo <i>Zwangsgeld</i> e il risarcimento del danno da giudicato	31
3 La giustizia amministrativa francese	33
3.1 La genesi del <i>droit administratif</i>	33

3.2	Dalla giustizia “ritenuta” alla giustizia delegata: il <i>Conseil d’Etat</i> . . .	35
3.3	Il <i>pouvoir d’Injonction</i> del giudice amministrativo	39
3.4	L’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo	41
3.5	L’ <i>astreinte</i>	45
3.6	Gli strumenti di prevenzione dell’inottemperanza della Pubblica Amministrazione	49
4	La giustizia amministrativa nel Regno Unito	54
4.1	Il processo di riforma degli <i>administrative tribunals</i>	54
4.2	La procedura di judicial review	63
4.3	Il <i>Parliamentary Ombudsman</i>	68
4.4	Il <i>Local Government Ombudsman</i> (LGO)	71
4.5	La corretta gestione delle rimostranze (<i>Principles of good complaint handling</i>)	74
5	Il sistema spagnolo	80
5.1	L’evoluzione dell’organizzazione della giustizia amministrativa . . .	80
5.2	La legge riformatrice n. 29/1998	82
5.3	La jurisdicción contencioso-administrativa	84
5.4	Il <i>Defensor del Pueblo</i>	88
6	Conclusioni	91
	Riferimenti	97

Abbreviazioni

ITALIA

c.p.a.	Codice del Processo Amministrativo
P. A.	Pubblica Amministrazione
D.L.	Decreto legge
D. lgs.	Decreto legislativo
Cost.	Costituzione della Repubblica
Corte Cost.	Corte Costituzionale
Cons. St.	Consiglio di Stato
L.	Legge
L. costituzionale	Legge costituzionale
D.M.	Decreto ministeriale
D.P.R.	Decreto del Presidente della Repubblica
D.Lgs.	Decreto legislativo

GERMANIA

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

FBA	Folgenbeseitigungsanspruch
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

FRANCIA

C. trib. mar	Code des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
CC	Conseil Constitutionnel
CJA	Code de Justice Administrative
CE	Conseil d'Etat
DA	Droit Administratif
TA	Tribunal administratif

REGNO UNITO

CPR	Civil Procedure Rules
CJCA	Criminal Justice and Courts Act
HRA	Human Rights Act
QB	Queen's Bench

SPAGNA

LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
-------------	---

Capitolo 1

La giustizia amministrativa in Italia

Questa parte descrive la situazione italiana per quanto riguarda gli strumenti giuridici di tutela verso l'inottemperanza di una pubblica amministrazione. In questo capitolo, come anche per il successivo, relativo alla situazione tedesca, viene fatto riferimento allo studio sull'argomento di Federico Secchi,¹ indicato nel seguito con l'abbreviazione "SFT"^{2,3}.

1.1 L'attuazione del giudicato: il giudizio di ottemperanza

Il giudizio di ottemperanza rappresenta uno strumento di particolare incisività per garantire nei confronti dell'amministrazione l'attuazione

¹Federico Secchi, «L'esecuzione del giudicato amministrativo nell'esperienza italiana e tedesca: le soluzioni al problema dell'inottemperanza» (PhD thesis, University of Trento 2010) <http://eprints-phd.biblio.unitn.it/312/2/Secchi_tesi_dottorato.pdf>.

²Cfr. SFT, *cit.*, pp. 23-80. "Parte I - L'esperienza italiana".

³Cfr. SFT, *cit.*, pp. 81-188. "Parte II - L'esperienza tedesca".

delle decisioni giudiziali, come stabilito all'art. 112 c.p.a. e in risposta ai principi di di effettività ed efficacia della tutela giurisdizionale sanciti dagli artt. 24 e 113 Cost.⁴, nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 13 della CEDU. In base alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo del 1865, dell'atto amministrativo lesivo di un diritto si poteva chiedere la modifica o l'annullamento esclusivamente con ricorso gerarchico all'autorità amministrativa competente e l'amministrazione che aveva emesso l'atto aveva semplicemente l'obbligo di conformarsi al giudizio del tribunale civile, ma tale obbligo rimaneva incoercibile, in quanto non accompagnato da un meccanismo volto a garantirne l'effettiva osservanza⁵.

In origine il giudizio di ottemperanza, così come introdotto dall'art. 4 n. 4 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, era ammesso solo per le sentenze passate in giudicato dell'Autorità giudiziaria ordinaria, aventi per oggetto diritti civili e politici. E' a partire dagli anni venti del secolo scorso che la giurisprudenza del Consiglio di Stato estende analogicamente l'applicabilità dell'istituto anche all'esecuzione del giudicato amministrativo, ma esso trova un riconoscimento normativo solo con l'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali. Infine, viene compiutamente disciplinato con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, in attuazione della legge delega 18 giugno 2009, n. 69, per il riordino del processo amministrativo. Presupposto per l'attivazione del giudizio di ottemperanza è l'inosservanza da parte dell'amministrazione del dove-

⁴Cfr. art. 113 Cost.: "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa".

⁵Cfr. L. 2248 del 1865, art. 4, c. 2: "L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso".

re di esecuzione della sentenza e l'oggetto del giudizio è costituito dalla verifica se l'amministrazione abbia o meno adempiuto l'obbligo nascente dal giudicato, ovvero se abbia o meno attribuito all'interessato quell'utilità che la sentenza ha riconosciuto come dovuta. Mentre nella fase esecutiva della sentenza di condanna del giudice civile che ha per oggetto diritti soggettivi e stabilisce cosa deve fare l'amministrazione soccombente nello specifico ci si trova di fronte a una sentenza molto chiara nello stabilire cosa si pretende dal "debitore", nel caso della sentenza del giudice amministrativo la condotta successiva non è sempre segnata con certezza: il vincolo conformativo ha un'intensità diversa a seconda del vizio accolto e l'amministrazione può non essere tenuta solo ad un comportamento specifico. Il giudizio di ottemperanza non è la mera attuazione di un giudicato già preciso e sicuro della fase di cognizione, ma deve ricostruirne il significato. E' un giudizio c.d. "misto", necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione, assoggettato al termine di prescrizione ordinario di dieci anni, decorrente dalla data del passaggio in giudicato della sentenza⁶. La fase di cognizione non è necessaria quando l'attività amministrativa successiva al giudicato abbia carattere vincolato, ovvero quando le statuizioni della sentenza impartiscano all'amministrazione comandi tassativi e talmente puntuali da non lasciare spazio alcuno all'esercizio dei suoi poteri discrezionali. Per converso, gli spazi liberi che possono residuare al giudicato rendono la *regola iuris* dallo stesso dettata "implicita, elastica, condizionata e incompleta" e, come tale, suscettibile di essere chiarita nel contesto del giudizio di ottemperanza⁷. Sempre riguardo alla natura del rito e alla compenetra-

⁶Art. 114, c. 1, c.p.a.

⁷In SFT, p. 45. (Mario Nigro, Alessandro Nigro e Enzo Cardi, *Giustizia amministrativa* (4a ed, Il Mulino 1995)), 332,333.

zione di momenti cognitivi con momenti esecutivi, la Corte costituzionale 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. Il 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”⁸. Il ricorso per l’ottemperanza va proposto nelle forme ordinarie, quindi notificato all’amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio di merito. Il ricorrente deve depositare una copia autentica della sentenza di cui si chiede l’esecuzione, con l’eventuale prova del passaggio in giudicato⁹. In passato il ricorso doveva essere preceduto dalla notifica all’amministrazione di una diffida a provvedere, ma oggi il codice, all’art. 114, c. 1, stabilisce che tale adempimento non è più necessario. Il riparto di competenza ha carattere funzionale, ai sensi dell’art. 14, c. 3, c.p.a. Per l’esecuzione della sentenza amministrativa, competente è il giudice che ha pronunciato la sentenza. Nel caso si tratti di sentenza emessa dal Consiglio di Stato, esso può essere

⁸In SFT, p. 46. Cfr. Corte Cost., ord. 10 dicembre 1998, n. 406, in *Foro amm.*, 2000, 751.

⁹Art. 114, c. 2, c.p.a.

competente in unico grado, ma se la sentenza del Tar è stata confermata in appello, la competenza spetta sempre al Tar. Qualora invece si tratti dell'esecuzione della sentenza di un giudice ordinario o di un altro giudice speciale diverso dal giudice amministrativo, la competenza spetta sempre al Tar nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza da eseguire¹⁰.

Per quanto riguarda l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo, il ricorso per l'ottemperanza è esperibile indipendentemente dal fatto che esse siano passate in giudicato o solamente esecutive e, ai fini del ricorso, non rileva se rispetto a queste sentenze inadempiente sia l'amministrazione o una parte privata. Nel caso di una sentenza non ancora passata in giudicato, l'esecuzione riguarda una statuizione che non ha ancora carattere di definitività. Con la sentenza n. 5352/2002 il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'esecuzione della sentenza non ancora passata in giudicato non dovrebbe mai determinare un assetto "definito e immutabile", perché altrimenti verrebbe frustrato l'esito pratico di un eventuale appello contro la sentenza¹¹. In generale, la stessa giurisprudenza che ha orientato anche la redazione del codice del processo amministrativo equipara la sentenza esecutiva alla sentenza passata in giudicato ai fini dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza, ma precisa che il giudice dell'ottemperanza, se la sentenza non sia passata in giudicato, ne determina le modalità esecutive¹², motivo per cui sembra riconosciuta la necessità che l'esecuzione di tale sentenza non pregiudichi le ragioni di un eventuale appello. In base all'art. 114, c. 2, lett. c ed e, il ricorso per l'ottemperanza è esperibile anche

¹⁰Art. 113 c.p.a.

¹¹Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5352.

¹²Art. 114, c. 4, lett. c.

per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario e dei giudici speciali avanti ai quali non sia previsto un giudizio di ottemperanza, nonché per l'esecuzione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inopugnabili. In questi casi però il giudizio di ottemperanza si caratterizza sul piano soggettivo come strumento di esecuzione specifica nei confronti di un'amministrazione, in quanto non è ammesso per soggetti diversi.

L'elemento decisamente caratteristico del giudizio di ottemperanza è individuato dall'art. 134, c. 1, lett. a, c.p.a., laddove si prevede che il giudice amministrativo, nello stesso giudizio, esercita una giurisdizione estesa al merito. Tale previsione comporta che il giudice amministrativo possa sostituirsi, direttamente o attraverso un commissario da esso eventualmente nominato, all'amministrazione inadempiente. Questa possibilità di sostituzione comporta che nel giudizio di ottemperanza non possa opporsi al giudice alcuna riserva di potere all'amministrazione, in quanto la necessità di dare esecuzione alla sentenza prevale anche su ogni esigenza di salvaguardia delle prerogative dell'amministrazione stessa. Inoltre, 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 all'amministrazione solo nei limiti delle statuizioni puntali del giudicato, in quanto le ulteriori scelte discrezionali dell'amministrazione non sarebbero di pertinenza dell'autorità giurisdizionale. L'attività del giudice dell'ottemperanza o del commissario *ad acta* da lui nominato infatti non costituisce manifestazione in senso stretto di discrezionalità amministrativa, poiché essa è essenzialmente preordinata al conseguimento dell'interesse del ricorrente e non già all'interesse primario perseguito dall'amministrazione. Vi sono due ipotesi in cui l'amministrazio-

ne viola il giudicato del giudice amministrativo: una si verifica quando la sentenza stabilisce che essa non deve adottare un provvedimento e la seconda quando l'amministrazione è inadempiente, quindi rispetto ad una condotta omissiva, con un'inerzia elusiva del giudicato. Con l'art. 21 *septies* della legge 241/1990, introdotto dalla legge 15 del 2005 di riforma del procedimento amministrativo, gli atti elusivi sono stati assimilati a quelli assunti in violazione del giudicato, ammettendosi anche nei loro confronti il ricorso per l'ottemperanza¹³.

L'ampia gamma di poteri spendibili dal giudice dell'ottemperanza ammantava lo stesso istituto di originalità, laddove nella maggior parte delle principali esperienze continentali domina, quale strumento a presidio dell'esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione, il rimedio delle misure patrimoniali di tipo compulsorio, quali lo *Zwangsgeld* o l'*astrainte*, dove i sistemi sono improntati, in punto di esecuzione della sentenza, a una rigida separazione tra i poteri dell'amministrazione e quelli della giurisdizione, essendo inibita al giudice qualsiasi ingerenza nell'attività esecutiva del giudicato amministrativo che rimane appannaggio dell'amministrazione. Un'eccezione è rappresentata dal modello austriaco della *Säumnisbeschwerde* quale rimedio avverso il silenzio in inadempimento dell'amministrazione, prevedendo il legislatore austriaco al § 63/2 *VwGG* la possibilità per il giudice amministrativo di surrogarsi all'amministrazione inadempiente

¹³In SFT, p. 39. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 aprile 1998, n. 565, in *Foro amm.*, 1998, 1021 ove si chiarisce che "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 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".

designando l'amministrazione o il tribunale chiamato a eseguire la sua decisione e "consacrando così una possibile sostituzione del potere giudiziario all'amministrazione attiva (...) sul fronte dell'esecuzione"¹⁴.

1.2 I poteri sostitutivi indiretti: il commissario *ad acta*

Il giudice può adottare direttamente i provvedimenti necessari a un'integrale esecuzione del giudicato quando essi siano vincolati, altrimenti si deve limitare 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. Il commissario *ad acta* è chiamato a esercitare quei poteri che il giudice dell'ottemperanza potrebbe esercitare anche in via diretta, attraverso un intervento nel merito volto a sostituire l'amministrazione e finalizzato a rendere effettiva la tutela sostanziale dell'interesse protetto. Di regola il giudice assegna all'amministrazione un termine e contestualmente designa un'autorità amministrativa che alla scadenza del termine assegnato si sostituirà all'amministrazione inadempiente ed emanerà il provvedimento o terrà il comportamento necessario per l'attuazione del giudicato. 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 tutti quegli adempimenti strumentalmente necessari per l'esecuzione della sentenza. In pratica, si sostituisce all'amministrazione

¹⁴In SFT, p. 43. Cfr. (Cristina Fraenkel-Haeberle, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa: Germania, Austria, Italia* (Università degli studi di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche 2004))

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 sue statuizioni. Poiché la discrezionalità amministrativa implica sovente decisioni di matrice politica, la nomina di un commissario *ad acta* viene ritenuta preferibile rispetto all'adozione diretta da parte del giudice delle misure di competenza dell'amministrazione riottosa. Di regola, egli è scelto fra funzionari di altre amministrazioni e, spesso nella persona del Prefetto, rappresenta con la sua attività "il punto di sutura e saldatura" tra attività giurisdizionale e amministrativa¹⁵. In particolare, "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"¹⁶. Una ormai risalente pronuncia della Corte costituzionale configura il commissario *ad acta* come ausiliario del giudice e riconduce i suoi atti all'esercizio della giurisdizione esecutiva del giudice dell'ottemperanza¹⁷. 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"¹⁸. L'ampiezza dei poteri commissariali dipenderà dal contenuto del giudicato inadempito: essi potranno estrinse-

¹⁵In SFT, p. 37. Cfr. (Marcello Clarich, «Il giudizio amministrativo di esecuzione» in Giovanni Paleologo, *Italy e France (a c di), I consigli di Stato di Francia e d'Italia* (Giuffrè 1998)), 344.

¹⁶In SFT, p. 61. Cfr. (Sandro Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo* (Giuffrè 1990)), 313 ss.

¹⁷In SFT, p. 62. Cfr. Corte Cost., 12 maggio 1977, n. 75, in *Giur. it.*, 1978, I, 980.

¹⁸In SFT, p. 62. Cfr. (Pelillo (n 17))

carsi, a seconda delle situazioni dedotte in giudizio, in attività sia vincolata, come ad esempio la restituzione di beni illegittimamente espropriati, sia discrezionale, quindi comportante un potere di scelta¹⁹. Una volta nominato il commissario, il giudice mantiene comunque un incisivo potere di vigilanza sul suo operato, nonché il potere di risolvere eventuali contestazioni, dal momento che le determinazioni del commissario, laddove esorbitanti dalle specifiche indicazioni del giudice, possono essere oggetto di un ricorso dinanzi allo stesso giudice, esperibile anche dall'amministrazione sostituita²⁰. Per lungo tempo, sia in dottrina che in giurisprudenza, si è dibattuto sulla questione riguardante la misura del potere di adempiere che conserverebbe l'amministrazione, una volta che sia stato nominato il commissario *ad acta* o sia scaduto il nuovo termine imposto alla stessa amministrazione. Con sentenza del 25 maggio 2021, n. 8, l'Adunanza Plenaria si è definitivamente pronunciata su una questione rimessa dalla sez. IV del Consiglio di Stato con ordinanza del 10 novembre 2020, n. 6925, chiarendo il rapporto intercorrente tra il commissario *ad acta* e l'amministrazione soccombente. Già con ordinanza del 10 maggio 2011, n. 2764, la sez. IV affermava che "la nomina del commissario *ad acta* non determina di per sé l'esaurimento della competenza della p.a. sostituita a provvedere all'ottemperanza del giudicato, in quanto il venir meno dell'inerzia della p.a. stessa, pur dopo la scadenza del termine assegnatole, rende priva di causa la nomina e la funzione del commissario, secondo i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, non smentiti dalla legge o dalla pronuncia del giudice dell'ottemperanza ed essendo indifferente per il privato che il

¹⁹In SFT, p. 43. Cfr. (Aldo Mazzini Sandulli, «L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative», *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario del Consiglio di Stato* (Giuffrè 1983)), 308, 309.

²⁰Cons. St., sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298, in *Cons. Stato*, 1995, I, 232 ss.

giudicato sia eseguito dall'amministrazione, piuttosto che dal commissario, perché l'attività di entrambi resta comunque egualmente soggetta al controllo del giudice". Alla luce di queste considerazioni, l'Adunanza Plenaria ha stabilito che il potere dell'amministrazione e quello del commissario *ad acta* sono poteri concorrenti, di conseguenza "ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto"²¹. Inoltre, gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario *ad acta*, non possono essere considerati affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario.

Molti dei casi d'inosservanza delle sentenze del giudice amministrativo non sono dettati da una volontà deliberata di disconoscere l'autorità della cosa giudicata, bensì alle oggettive difficoltà che l'amministrazione incontra nell'eseguire le sentenze, soprattutto qualora gli obblighi in esse enunciati appaiano indeterminati, vaghi o imprecisi e intercorra più tempo fra l'emissione del provvedimento impugnato e il suo definitivo annullamento. Il c. 5 dell'art. 112 c.p.a. e il c. 7 dell'art. 114 ammettono il ricorso al giudice dell'ottemperanza anche soltanto per "ottenere chiarimenti" in merito alle modalità di esecuzione che non presuppone un'inottemperanza, ma semplicemente un'incertezza sull'interpretazione o sugli effetti della sentenza da eseguire. In questi casi quindi il ricorso può essere proposto anche dall'amministrazione tenuta a darvi esecuzione, quando abbia

²¹Cons. St., Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8.

esigenza di chiarimenti. Per evitare abusi, la giurisprudenza ha comunque affermato che tale rimedio non deve rappresentare un espediente per mettere in discussione la sentenza da eseguire o per introdurre questioni estranee all'ottemperanza²².

1.3 Il risarcimento del danno da inottemperanza

Una volta ottenuta soddisfazione attraverso il giudizio promosso ai sensi del c. 2 dell'art. 112 c.p.a., potrebbe ancora residuare al ricorrente vittorioso un danno connesso alla tardiva realizzazione di quell'assetto che sarebbe dovuto scaturire dall'annullamento del provvedimento illegittimo dell'amministrazione, ma che è venuto in essere solo a seguito di un notevole lasso di tempo oppure che ormai non risulta più attuabile, per cui il giudizio di ottemperanza, di per sè, non sarebbe in grado di garantire al ricorrente una tutela piena ed effettiva. In quest'ultimo caso, lo strumento dell'ottemperanza si rivelerebbe inutile, se non vi fosse la possibilità di ottenere contestualmente un risarcimento per equivalente a seguito della perdita definitiva del bene spettante dovuta alla inesecuzione del giudicato. Si pensi al caso del definitivo annullamento di un decreto di esproprio cui non sia seguita la spontanea restituzione dell'immobile al proprietario, per cui si è reso necessario instaurare il giudizio di ottemperanza. Ove l'amministrazione opponesse, in questa sede, una legittima sopravvenienza impediente l'esecuzione del giudicato, al ricorrente dovrebbe essere riconosciuto, in funzione surrogatoria, anche il danno c.d. petitorio, consistente nel controvalore del bene, derivante appunto dalla perdita definitiva dello stesso,

²²Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

cagionata dall'illecito ritardo nella conformazione al giudicato ²³. Da questa situazione, va tenuta distinta quella 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 il giudice amministrativo in tal caso accogliere immediatamente la domanda di risarcimento del danno per equivalente. In molti altri casi, invece, il giudice della cognizione non è in grado di prevedere già all'atto dell'annullamento se ed in quale misura l'ottemperanza potrà effettivamente ripristinare la situazione soggettiva lesa. In particolare, in tutti quei casi in cui la domanda del privato è diretta a conseguire il bene della vita, molto spesso la possibilità e i limiti entro cui attribuire il bene dipendono dal momento in cui l'amministrazione esegue il giudicato. Ad esempio, in materia di appalti, se l'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale interviene nell'immediatezza dei fatti, consente al ricorrente di stipulare il contratto con l'amministrazione; al contrario, se interviene quando il contratto con l'originale aggiudicatario è già stato non solo stipulato, ma anche parzialmente eseguito, l'esecuzione della pronuncia e quindi l'attribuzione del bene della vita, cioè l'appalto, è possibile solo parzialmente per la parte residua non eseguita, mentre per la prima parte la tutela può avvenire solo attraverso il risarcimento, sempre per equivalente. Spesso, quindi, solo all'esito dell'ottemperanza di un giudicato di annullamento

²³Cons. St., sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290, in *Dir. giust.*, 2006, 10, 80 ove si afferma 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. L'azione risarcitoria costituisce strutturalmente attuazione del *decisum* e quindi trova la sua naturale allocazione nel 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.

è possibile accertare e quantificare il danno risarcibile per equivalente. Laddove non risulta più soddisfacente la pronuncia di annullamento, supplisce la tutela risarcitoria e il momento in cui emerge con chiarezza lo spazio per l'esecuzione del giudicato e per il risarcimento del danno è proprio quello dell'ottemperanza.

Nell'ipotesi di annullamento di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, occorre distinguere il caso in cui l'amministrazione, 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 soltanto in esito al giudizio di ottemperanza. Mentre nella prima situazione la pretesa risarcitoria azionabile riguarderà esclusivamente un danno da attività provvedimento illegittima, non avendo luogo una violazione del giudicato, in quanto l'amministrazione accorda l'utilità prima negata, a seguito della rinnovazione del potere discrezionale successivo al giudicato di annullamento²⁴, nella seconda la pretesa risarcitoria sarà duplice e riguarderà un danno scomponibile in una prima voce, relativa al ritardo antecedente alla formazione del giudicato e commisurato al pregiudizio patito dal ricorrente, qualora l'amministrazione si fosse spontaneamente conformata al giudicato, e una seconda voce di danno, propriamente da inadempimento dell'obbligo conformativo scaturente dalla pronuncia del giudice amministrativo, volta a coprire il segmento temporale intercorrente fra il giudicato e la sua concreta attuazione. In entrambe le ipotesi, il danno c.d. da ritardo potrà essere compiutamente apprezzato

²⁴Il ritardo produttivo del 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.

soltanto a posteriori, ovvero una volta che il privato abbia effettivamente ottenuto il bene della vita cui aspirava con l'istanza a suo tempo illegittimamente rigettata dall'amministrazione, a meno che non si tratti di potere amministrativo vincolato, per cui la spettanza del bene si cristallizza già in esito al giudizio di cognizione²⁵. In giurisprudenza ricorre il principio secondo cui, essendo l'oggetto del giudizio di ottemperanza costituito dalla verifica se l'amministrazione abbia o meno adempiuto all'obbligo nascente dal giudicato, ovvero 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 all'amministrazione stessi poteri discrezionali, l'esecuzione deve essere esatta, al pari di quanto avviene nell'obbligazione civile, il cui inesatto adempimento viene sanzionato con la condanna al risarcimento del danno²⁶. L'utilità concreta 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 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

²⁵Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2006, n. 5323, in *Foro amm. CS*, 2006, 9, 2585 - nelle ipotesi nelle quali l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale, solo dal nuovo esercizio del potere possono derivare certezze in ordine alla spettanza del bene cui il privato aspira. 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.

²⁶In SFT, pp. 68. Cfr. (Laura Mancini, «La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento» (nota a Cons.St., sez. IV, 6 ottobre 2003 n. 5820)» (2003) 2 *Il Foro amministrativo - CdS* 3700), nota 22, 3708.

semipieno o strumentale”²⁷. Sul piano dell’accertamento e della prova, se nel giudizio avente a oggetto il pregiudizio conseguente al provvedimento amministrativo illegittimo il privato deve provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, in quello avente a 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 la sussistenza di un giudicato di accoglimento, mentre spetterà all’amministrazione la prova di avervi ottemperato.

²⁷In SFT, pp. 77. Cfr. (ibidem), nota 73, 3723.

Capitolo 2

L'esperienza tedesca

2.1 L'azione di annullamento (Anfechtungsklage) e l'azione di adempimento (Verpflichtungsklage)

Il legislatore tedesco ha affrontato il problema dell'esecuzione della sentenza amministrativa avente ad oggetto un provvedimento amministrativo, prima ancora che attraverso la predisposizione di un meccanismo di coazione in presenza di un inadempimento dell'amministrazione, con la previsione di un articolato sistema di misure che consentono di prevenire la mancata spontanea esecuzione delle pronunce del giudice e cercando di definire già a livello normativo contenuto ed effetti che debbono assumere le decisioni giurisdizionali in presenza di determinati presupposti. In questa prospettiva, è importante in primo luogo che gli obblighi dell'amministrazione derivanti dalla decisione del giudice amministrativo siano facili da

assolvere e perfettamente determinati¹. Con la legge del 21 gennaio 1960 (*VwGO - Verwaltungsgerichtsordnung*) sull'ordinamento processuale amministrativo sono state introdotte due distinte azioni: una di impugnazione in senso stretto o di annullamento (*Anfechtungsklage*) ed un'altra di condanna all'emissione di un dato provvedimento, altrimenti detta "di adempimento" (*Verpflichtungsklage*). Ove l'autorità emetta un provvedimento incidente negativamente nella sfera giuridica del destinatario, questi ricorrerà alla *Anfechtungsklage* facendone valere eventuali vizi; ove invece il privato aspiri ad ottenere un provvedimento ampliativo della propria posizione giuridica soggettiva e si veda opporre un rifiuto espresso oppure debba constatare l'inerzia dell'amministrazione, azionerà il rimedio della *Verpflichtungsklage*, chiedendo la condanna al rilascio del provvedimento rifiutato od omesso. L'azione di annullamento o di impugnazione, così come quella di adempimento, sono disciplinate dal § 42 *VwGO* che al primo comma prevede 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 od omesso" (azione di inadempimento) 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 od omissione"². L'azione di annullamento è fondata allorquando ricorrano i requisiti previsti dal § 113 *VwGO*, e cioè nella misura in cui l'atto risulti illegittimo e lesivo dei cosiddetti diritti civili pubblici dell'attore (*Kläger*), quei diritti cioè che conferiscono al sin-

¹In SFT, p. 82. Cfr. (Michel Fromont, «L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco L'exécution des décisions du juge administratif en droit français et allemand» [1989] *Problemi di Amministrazione Pubblica* 523).

²§ 42 *VwGO*. Cfr. traduzione in (Giandomenico Falcon e Cristina Fraenkel (a c di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco: (VwGO); versione italiana con testo a fronte* (Università degli Studi di Trento 2000)).

golo la facoltà di pretendere dall'amministrazione una prestazione positiva o negativa. Verificata la sussistenza di questi presupposti, il tribunale potrà quindi annullare l'atto, ma la sentenza che conclude il giudizio di impugnazione potrà assumere un contenuto ulteriore e diverso dal mero annullamento del provvedimento impugnato, strettamente correlato all'attività esecutiva che l'amministrazione dovrebbe successivamente porre in essere per adeguarsi al *decisium*. L'effetto demolitorio del provvedimento illegittimo, previa la sospensione della sua efficacia esecutiva, potrebbe rendere non necessaria la successiva attività di adeguamento; diversamente, nell'ambito della stessa sentenza che definisce il giudizio cassatorio, è prevista la possibilità per il giudice di guidare l'amministrazione nella scelta delle modalità di esecuzione della sentenza, per il ripristino dello *status quo ante* attraverso la cancellazione degli effetti che si sono nel frattempo prodotti. E' questo l'istituto del cosiddetto *Folgenbeseitigungsanspruch*³, indicato con l'abbreviazione *FBA* e 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*”. Il *FBA* è autonomo rispetto all'azione di annullamento, inquadrabile fra le cosiddette azioni di prestazione, ancorché il giudice dell'impugnazione si pronunci sull'eliminazione degli effetti dell'atto con la medesima sentenza che definisce il giudizio cassatorio. L'utilizzo del termine “può” (*Kann*) da parte del legislatore indica la mera facoltà di cumulare la domanda di revoca dell'esecuzione a quella di annullamento dell'atto eseguito, ma ciò non esclude la possibilità di proporre separata istanza, instaurando un autonomo giudizio. Rimane impregiudicata la facoltà per il

³Letteralmente “pretesa o diritto all'eliminazione delle conseguenze dell'atto”.

tribunale, ai sensi del § 93 secondo alinea VwGO, di ordinare in ogni caso che le rispettive domande vengano trattate e decise in separati processi. Il c. 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. Qualora l'amministrazione non sia in grado di ripristinare esattamente la situazione pregressa, dovrebbe ricostruirne una quantomeno simile a quella precedente l'esecuzione dell'atto annullato, in modo tale da eliminare al massimo i pregiudizi per il destinatario del provvedimento⁴. Si ritiene inoltre che la revoca dell'esecuzione come disposta dal giudice possa consistere, oltre che nella rimozione di un'attività materiale dell'amministrazione, anche nell'adozione di un atto amministrativo, quale ad 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 terzo⁵. 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. Ciò significa che non deve più esserci necessità di accertare i fatti e non deve residuare alcuna discrezionalità in capo all'amministrazione per quanto riguarda le modalità di revoca dell'intervenuta esecuzione. Il *FBA* sarà escluso laddove la rimozione delle conseguenze dell'esecuzione sia in contrasto con la legge al momento della decisione del tribunale⁶. In definitiva, l'amministrazione che si trovi a dover eseguire la sentenza di annullamento e, quin-

⁴In SFT, p. 89.

⁵§ 113 VwGO. Cfr. (Wolf-Rüdiger Schenke and others, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar* (28, neubearbeitete Auflage, CH Beck 2022)), n. 91.

⁶§ 113 VwGO. Cfr. (*ibidem*), n. 87.

di, a ripristinare la situazione esistente prima del provvedimento caducato, potrà essere guidata dal giudice nella scelta delle misure necessarie 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 sotto tale profilo, seppur non assistita da alcun meccanismo di coazione diretta, 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, lo *Zwangsgeld*.

2.2 Il contenzioso ingiuntivo: la c.d. “*Verpflichtungsklage*”

La disposizione al § 113/5 VwGO contempla la sentenza sulla c.d. *Verpflichtungsklage*, azione di prestazione o, secondo definizione della dottrina italiana, di condanna, con la quale si ingiunge alla pubblica amministrazione l'emanazione di un atto rifiutato od omesso⁷. Essa è diretta sostanzialmente a sindacare il rifiuto del provvedimento amministrativo richiesto dall'interessato che consegue all'assunzione di un provvedimento espresso di diniego; in tal caso l'azione assumerà, seppur in via sussidiaria,

⁷In SFT, p. 94. Il § 113/5 VwGO, così come tradotto in (Falcon e Fraenkel (n 30)), recita: “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”.

anche un contenuto annullatorio, dal momento che l'eventuale sentenza di accoglimento ne comporterà l'eliminazione⁸, ovvero l'omissione di un provvedimento non ancora denegato. Presupposti di fondatezza della *Verpflichtungsklage*, così come per l'azione di annullamento, sono l'illegittimità del diniego o dell'inerzia e la lesione dei diritti del ricorrente. In presenza di tali condizioni, il giudice affermerà l'obbligo dell'autorità amministrativa di adottare il provvedimento richiesto, qualora la questione sottoposta al suo esame consenta una decisione definitiva. Tuttavia, una condanna dell'amministrazione all'emissione di un atto dotato di un ben preciso contenuto potrà intervenire soltanto nel caso in cui la stessa amministrazione non abbia poteri discrezionali, ovvero qualora l'adozione del provvedimento richiesto rappresenti l'unica manifestazione della discrezionalità amministrativa priva di errori, tenuto presente che la sentenza di condanna, in virtù del principio costituzionale della separazione dei poteri, non sostituisce la decisione dell'amministrazione, ma la obbliga ad agire. Laddove invece 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 da esso espressa sulla questione⁹. Partendo dalla considerazione che spesso l'amministrazione non ottempera, in quanto non sa come ottemperare, l'istituto della *Verpflichtungsklage* acquista notevole importanza nella misura in cui coinvolge il giudice sin dalla prima pronuncia nel chiarimento della portata operativa della deci-

⁸In SFT, p. 95. Cfr. (Daria De Pretis, *Il processo amministrativo in europa: caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea* (Rotooffset Paganella a c di, Ed provvisoria, 2000) <<https://tinyurl.com/2p8bjs4u>>).

⁹§ 113/5 VwGO. Si parla in questo caso di *Bescheidungsurteil*.

sione, ottenendo così una maggior “presa” sul successivo comportamento¹⁰. Per converso, ove l’amministrazione sia titolare di un più ampio potere discrezionale, il giudice incontrerà il limite della insostituibilità delle scelte discrezionali dell’autorità, quindi la susseguente attività amministrativa rimarrà pur sempre appannaggio dell’amministrazione, con l’unico limite costituito dall’obbligo di rispettare la “concezione giuridica” del tribunale (c.d. *Bescheidungsurteil*).

2.3 L’applicazione generalizzata della tutela cautelare

Si è visto come, nei casi in cui l’amministrazione incontri delle difficoltà nell’ottemperare alle sentenze, dovute al fatto di non sapere come attuarle, il legislatore tedesco abbia cercato di determinare puntualmente gli effetti delle sentenze, in modo tale da guidare l’amministrazione nell’esecuzione del *decisium*. Quanto invece alla difficoltà, se non a volte all’impossibilità, di rimuovere completamente la situazione creata da un provvedimento sacrificativo poi annullato, si è cercato di affrontarla attraverso un’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 che incide negativamente sulla sfera giuridica dell’interessato, cui nel nostro ordinamento corrispondono gli interessi oppositivi, si ammette, salvo alcune eccezioni, la sospensione automatica dei suoi effetti in derivazione, prima ancora che della mera proposizione dell’impugnativa in sede giurisdizionale, della proposizione del ri-

¹⁰In SFT, p. 83. Cfr. (Gianfranco Bronzetti, «Per una migliore giustizia amministrativa: spunti comparatistici con particolare riferimento all’ordinamento della Repubblica federale tedesca» [1996] Informator 139)

corso amministrativo previo che costituisce condizione di ammissibilità della *Anfechtungsklage* ai sensi del § 68 VwGO¹¹. Attraverso un impiego esteso e generalizzato della sospensione cautelare del provvedimento impugnato, 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 materiale prodotti dal provvedimento fino al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento¹². La sospensione cautelare non è però idonea a tutelare il ricorrente che lamenti l'illegittimo diniego di un provvedimento ampliativo o, meglio, l'omesso rilascio del titolo. In questi casi, contraddistinti dall'emersione di interessi legittimi pretensivi, la tutela del privato è garantita dalla possibilità per il giudice, ai sensi del § 123 VwGo, di concedere misure provvisorie a contenuto positivo anche anteriormente al ricorso, volte a 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.

2.4 Le misure coercitive: lo *Zwangsgeld* (§ 172 VwGO)

Il VwGO disciplina l'esecuzione coattiva delle sentenze del giudice amministrativo 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

¹¹BVerwG, 21.06.1961, in *BVerwGE* 13, 5.

¹²In SFT, p. 98. Cfr. (Barbara Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato* (CEDAM 2000)), 46.

(§§ 170 e 172), nonché i casi in cui non è necessaria la formula esecutiva (§ 171). I §§ 170 e 172 *VwGO* rappresentano la base normativa dell'esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione, ancorché i rispettivi ambiti di applicazione siano da tenere distinti. 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 e le modalità di esecuzione sono sostanzialmente quelle previste dal codice di procedura civile, nulla dicendo sul punto il § 170 *VwGO* che tuttavia reca alcuni correttivi che tengono conto della particolare condizione giuridica del patrimonio pubblico e della sua tendenziale destinazione all'assolvimento dei compiti dell'amministrazione. Più nel dettaglio, il tribunale, da un lato, prima di procedere all'esecuzione forzata, deve intimare all'autorità amministrativa di eseguire il giudicato 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, all'esecuzione di decisioni dichiarative dell'obbligo dell'amministrazione 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 erogabile, pari a diecimila Euro. Nella misura in cui il contenuto delle norme predette non dovesse essere esaustivo in relazione al caso concreto, sarà possibile integrarle con

i precetti del codice di rito (ZPO), in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale¹³. Molto prima che venisse alla luce la legge sulla giustizia amministrativa e con essa il § 172 VwGO, 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 e avrebbe leso la sua immagine, mettendone in discussione l'onore¹⁴. Così recita il § 172 VwGO: “*Se un'autorità, nei casi di cui al § 113, co. 1, secondo periodo, e co. 5 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 a Euro diecimila, previa assegnazione di un termine, applicarla dopo l'infruttuoso decorso del termine e portarla a esecuzione d'ufficio. L'ammenda può essere ripetutamente comminata, applicata e portata a esecuzione*”¹⁵. 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)

¹³Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale tedesca in una decisione di notevole importanza, con cui, nella parte motiva, fa esplicito riferimento alle misure previste dai §§ da 885 a 896 ZPO la cui scelta, in ordine alle modalità ed eventuale successione delle misure da adottare, sarà rimessa alla valutazione del giudice competente.

¹⁴In SFT, p. 114, l'autore riporta l'espressione “L'Etat toujours doit être réputé honnête homme”, da (Edouard Louis Julien Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol 2 (Berger-Levrault et cie 1896)).

¹⁵§ 172 VwGO. Cfr. traduzione in (Falcon e Fraenkel (n 30)).

o, infine, il rilascio di un provvedimento positivo (§ 123 VwGO).

Rimedi indiretti ulteriori, prodromici allo *Zwangsgeld*, ma 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 inottemperante¹⁶.

La limitazione della procedura esecutiva nei confronti della pubblica amministrazione a un rimedio come lo *Zwangsgeld*, perlomeno nei casi previsti dal § 172 VwGO, la mette al riparo dall'esecuzione diretta, anche se 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. Ciò sarà consentito laddove si richieda all'amministrazione una prestazione fungibile, mentre, per quanto riguarda l'emissione di un atto amministrativo, rimane ferma la rigida separazione dei poteri tra giurisdizione e amministrazione.

Quanto alla natura giuridica, lo *Zwangsgeld* è un semplice mezzo di coercizione e non già un istituto di matrice sanzionatoria. L'ammenda di cui al § 172 VwGO, così come altre disposizioni che fanno riferimento a tale rimedio, non potrebbe, salvo eccezioni, essere applicata e portata a esecuzione laddove il destinatario abbia nel frattempo adempiuto. Lo scopo precipuo dello *Zwangsgeld* è quello di determinare il debitore all'adempimento di un obbligo, attraverso la pressione mediata esercitata sul destinatario

¹⁶In SFT, p. 115.

dalla minaccia di una penale nei casi in cui, in linea di massima, non sussiste la possibilità di attivare un meccanismo di coercizione diretta, oppure perché tale meccanismo è a forte rischio di insuccesso. La coazione indiretta viene dunque in rilievo quando debba darsi esecuzione ad obblighi di fare infungibili, la cui realizzazione è inevitabilmente rimessa alla volontà di un determinato soggetto, oppure nell'ambito degli obblighi di tollerare o di astenersi da una certa attività che, per definizione, possono essere solo indirettamente coercibili¹⁷. 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 e l'ambito privilegiato dello *Zwangsgeld* risulterebbe essere quello dell'inottemperanza al giudicato formatosi sulle sentenze di adempimento, ex § 113/5 VwGO (*Verpflichtungsurteil*), ma l'esecuzione coattiva indiretta secondo i dettami del § 172 VwGO opera anche in conseguenza di un *Bescheidungsurteil*, con il quale viene 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. In sostanza, l'omesso rilascio del richiesto provvedimento, così come la riedizione del potere amministrativo in contrasto con il quadro giuridico delineato nel *Bescheidungsurteil*, consentono di attivare il rimedio dello *Zwangsgeld*. In particolare, il ricorrente vittorioso potrà chiedere al tribunale di primo grado, con 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 pre-

¹⁷In SFT, p. 120. Cfr. (Oliver Remien, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich, Vereinheitlichung, Kollisionsrecht* (JCB Mohr 1992)), 11, 12.

detto. In quest'ultima evenienza, sempre su richiesta di parte, il tribunale provvederà ad applicare all'amministrazione renitente l'ammenda stabilita ed a riscuoterla coattivamente d'ufficio, con l'ulteriore possibilità di reiterare in ipotesi all'infinito la procedura, fin tanto che permanga l'inadempimento della pubblica autorità. La definitiva impossibilità di dare esecuzione alla sentenza per causa imputabile all'amministrazione potrà dar luogo, in ogni caso, ad una responsabilità risarcitoria della stessa. Per poter attivare la procedura esecutiva ai sensi del § 172 VwGO nei confronti dell'amministrazione inadempiente, è necessario che ricorrano i seguenti presupposti: il titolo esecutivo che sarà costituito ad esempio 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 e l'inottemperanza dell'amministrazione alla statuizione giudiziale che deve essere definitiva, ove si tratti di sentenza.

2.5 I mezzi di tutela esperibili dalle parti

I provvedimenti del giudice dell'esecuzione relativi alla minaccia ed applicazione dello *Zwangsgeld* possono essere eventualmente impugnati con ricorso, ai sensi del § 146 VwGO entro due settimane dalla loro notifica, di regola davanti al tribunale amministrativo di grado intermedio. In tal caso, l'impugnativa proposta dalla pubblica amministrazione avverso l'ordinanza applicativa dell'ammenda, comporterà l'automatica sospen-

sione dell'efficacia esecutiva del provvedimento¹⁸. Allo stesso modo, il privato potrà avvalersene nel caso in cui il tribunale rigetti, sempre con ordinanza, l'istanza volta ad ottenere la minaccia o l'irrogazione della penale. Con tale rimedio possono essere fatti valere soltanto i vizi formali della procedura esecutiva, cioè il mancato rispetto delle regole procedurali disciplinanti la stessa¹⁹. Avverso la decisione sul predetto ricorso, non è dato alcun ulteriore mezzo di tutela, conformemente a quanto stabilito dal § 152/1 VwGO. Diversamente, ove sia in contestazione da parte dell'amministrazione il diritto 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. Scopo di questo rimedio è quello di elidere l'efficacia esecutiva del titolo, non potendo chiaramente essere rimesso in discussione il giudicato. In tal senso, il § 767/2 ZPO prescrive che possono essere fatte valere soltanto quelle eccezioni che si fondino su circostanze sopravvenute all'udienza per la discussione della causa, nell'ambito del processo di cognizione; inoltre, l'autorità amministrativa dovrà sollevare tutte le eccezioni deducibili al momento dell'opposizione, come previsto al § 767/3 ZPO, ad esempio la 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. Si pensi all'entrata in vigore di un nuovo piano regolatore in contrasto con il permesso di costruire al cui rilascio l'amministrazione veniva condannata con sentenza di adempimento (*Verpflichtungsurteil*): fintanto che non venga rilasciato il titolo autorizzativo,

¹⁸§ 172 VwGO. Cfr. (Friedrich Schoch and others, *Verwaltungsrecht - VwGO: Kommentar* (CH Beck 2020)), n. 52.

¹⁹§ 167 VwGO. Cfr. (*ibidem*), n. 5.

il giudicato avente a 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 giudicato²⁰. Competente a giudicare dell'opposizione è il tribunale di prima istanza.

2.6 Il rapporto fra lo *Zwangsgeld* e il risarcimento del danno da giudicato

Una delle peculiarità del sistema tedesco di coercizione indiretta è rappresentata dalla integrale devoluzione alle casse dello Stato delle somme ricavate dalle ammende. La diversa impostazione che vuole che il creditore sia beneficiario delle somme, abbracciata dai paesi 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, è stata fortemente criticata in quanto, avendo il ricorrente vittorioso la possibilità di agire in via risarcitoria per il caso di ritardata od omessa esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione, attribuire al privato anche l'importo della penale vorrebbe dire arricchirlo ingiustificatamente. La soluzione seguita in Francia presenterebbe lo svantaggio di rendere incerti i confini tra lo *Zwangsgeld* e il risarcimento del danno, poiché l'associazione tra i due istituti pregiudicherebbe l'effetto di coazione che è proprio dell'ammenda ex § 172 VwGO e, allo stesso tempo, la possibilità di cumularli porterebbe il creditore a ricevere troppo. Inoltre, la destinazione dello *Zwangsgeld* alle casse dello Sta-

²⁰BVerwG 26.10.1984, in NVwZ 1985, 563.

to sarebbe ulteriormente funzionale a garantire il rispetto delle decisioni giurisdizionali e quindi il prestigio dell'amministrazione della giustizia.

Per quanto concerne il rimedio risarcitorio, la disciplina è quella valevole per tutte le ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati nell'esercizio dei propri doveri d'ufficio. Le norme fondamentali in materia sono l'art. 34 del *Grundgesetz* e il § 839 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, le quali vanno lette in combinato disposto²¹. In base al c. 1 del § 839 *BGB* i danni causati intenzionalmente o con negligenza, in violazione di un dovere del funzionario, vengono dallo stesso integralmente risarciti. Se si tratta di mera negligenza, la responsabilità del funzionario potrà essere invocata in via sussidiaria, ovvero soltanto nel caso in cui non vi sia un'altra via per ottenere il risarcimento, ad esempio per contratto, per legge, o in base al sistema di assicurazione sociale²². Per converso, l'art. 34 della *Grundnorm* trasferisce la responsabilità sulla pubblica autorità da cui il funzionario dipende, salvo il regresso nei casi di dolo e colpa grave per evitare che i funzionari abusino dell'immunità della responsabilità personale loro garantita e radica in capo al giudice ordinario la giurisdizione per le azioni per le azioni di responsabilità nei confronti del potere pubblico, stabilendo 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.

²¹In SFT, p. 184. Cfr. (Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht* (20 Auflage, CH Beck 2022)), 379.

²²In SFT, p. 184. Cfr. (Ulrich Karpen, «L'esperienza della Germania» in Domenico Sorace (a c di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea* (Il Mulino 1994)).

Capitolo 3

La giustizia amministrativa francese

3.1 La genesi del *droit administratif*

In Francia, durante il secolo XVIII, si sviluppa progressivamente una forte *administration royale*, accentrata e gerarchizzata, dotata di poteri speciali e sottoposta a giurisdizioni apposite. E' un'amministrazione presente tanto in centro quanto in periferia, costituita da funzionari borghesi di medio e basso ceto riuniti nel *Conseil du Roi*, organo che, oltre a detenere la potestà legislativa, funge sia da suprema corte di giustizia, in quanto dotato del potere di annullare i decreti di tutti i tribunali ordinari, sia da tribunale superiore amministrativo, perché da esso dipendono tutte le giurisdizioni speciali. Durante la fine dell'*Ancien regime* si formalizza la specialità del diritto amministrativo, sia in relazione alla peculiarità e ai maggiori poteri conferiti alle amministrazioni pubbliche, sia per quanto riguarda la specificità del contenzioso amministrativo che non era affidato al potere giudizia-

rio. In questo periodo si generalizzano le *corvées*¹, si sviluppa la polizia dei mestieri a difesa dell'ordine pubblico e crescono le espropriazioni forzate, così come l'imposizione fiscale e il potere autoritativo dell'amministrazione verso i suoi contraenti. Di contro, le armi che gli amministrati hanno nei confronti del potere amministrativo non sono così forti: a favore del cittadino vi è il rimedio specifico costituito dal cosiddetto ricorso gerarchico, a mezzo del quale egli può rivolgersi all'organo gerarchicamente sovraordinato all'amministrazione che aveva emanato l'atto lesivo e può richiedere la verifica della legalità dell'atto.

La Rivoluzione francese, pur portando innovazioni rilevanti, lascia immutata l'ampia discrezionalità delle amministrazioni pubbliche che conservano e potenziano le loro prerogative. In ossequio al principio della separazione dei poteri, i giudici sono estromessi dalla conoscenza degli affari amministrativi e non potranno in alcun modo turbare le attività dei corpi amministrativi. Le forze rivoluzionarie avevano dimostrato infatti una certa diffidenza verso la magistratura, tradizionalmente formata da elementi vicini alle classi aristocratiche e, nel 1789-1790, prima l'Assemblea nazionale e poi l'Assemblea costituente avevano sancito in forma solenne che gli organi giurisdizionali non avrebbero potuto intervenire sull'amministrazione². Ora, ad occuparsi delle controversie amministrative saranno i mini-

¹Termine francese, utilizzato sia in Francia che in Italia, che significa *corrogare*, nel senso di chiedere una giornata di lavoro. Nel Medioevo, la *corvée* indicava un'imposta, poi abolita durante la rivoluzione, che veniva richiesta dal signore ai suoi servi, da estinguere con un certo numero di giornate di lavoro - Cfr. (Agnes Dijaux, «La corvée» (*Chambra d'Ôc, Portal Français, 100 mots du trésor FR*) <<http://www.chambradoc.it/traditions/La-corvee.page>> consultato 22 gennaio 2023). Nella Francia dell'*Ancien régime*, il termine indicava le giornate di lavoro che i sudditi dovevano al re per la manutenzione delle strade pubbliche - Cfr. («corvée» (*Treccani - Enciclopedia on line*) <<https://www.treccani.it/enciclopedia/corvee>> consultato 22 gennaio 2023).

²Decreto del 16-24 agosto 1790 sull'ordinamento giudiziario: «*Le funzioni giurisdizionali sono distinte e rimangono sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non*

stri; scompare il *Conseil du Roi*, viene introdotto il Prefetto e, come agente dell'Esecutivo in provincia, reintrodotta la figura dell'intendente.

3.2 Dalla giustizia "ritenuta" alla giustizia delegata: il *Conseil d'Etat*

La Costituzione dell'anno VIII (dicembre 1799) istituisce il *Conseil d'Etat* (Consiglio di Stato), concepito inizialmente come organo consultivo del Governo, al quale, nell'epoca napoleonica, verranno affidate attribuzioni assai ampie, tra cui principalmente il potere di redigere i progetti di legge e i regolamenti dell'amministrazione pubblica, gli atti legislativi primari e secondari, l'alta amministrazione, il controllo sui ministri e sugli enti pubblici e la risoluzione di controversie amministrative.

Riguardo ai ricorsi, il Consiglio di Stato formalmente esprimeva un parere al Capo dello Stato, al quale solo, come rappresentante supremo del potere esecutivo, spettava assumere la decisione che però, nella pratica, si uniformava sempre al parere e l'intervento del Capo dello Stato finiva con l'attribuire ancora maggiore autorevolezza al parere e all'organo che lo esprimeva. Un decreto di Napoleone del 1806 istituì, in seno al Consiglio di Stato, un'apposita Commissione del contenzioso con il compito di istruire i ricorsi proposti contro gli atti (*décisions*) delle amministrazioni centrali e locali. Per rafforzarne l'imparzialità, ai consiglieri che componevano la Com-

potranno, sotto pena di prevaricazione, interferire in qualunque modo sulle operazioni dei corpi amministrativi, né citare avanti a sé gli amministratori a motivo dell'esercizio delle loro funzioni". Cfr. (Aldo Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa* (14 ed, G Giappichelli 2021)), 8, 9

missione non potevano essere affidati compiti di amministrazione attiva³. Il Consiglio di Stato, mantenuto anche con la Restaurazione (1814-1815) detiene quindi, insieme al *Conseil de Prefecture*, la giurisdizione amministrativa, non più affidata ai ministri e agli intendenti: si passa da un sistema tradizionale di giustizia “ritenuta”, in cui il re era giudice supremo, dal quale “emana ogni giustizia” (secondo la massima “*toute justice émane du roi*”) ad una giustizia “delegata”, affidata pienamente al Consiglio di Stato, al quale, prima transitoriamente, con la Costituzione del 4 novembre 1848 e poi, definitivamente, con una legge del 24 maggio 1872, fu riconosciuta anche formalmente la competenza a decidere il ricorso, senza più la necessità di una sanzione da parte del Capo dello Stato. Quest’ultima riforma del 1872 attribuiva così al Consiglio di Stato tutti i caratteri di un vero e proprio giudice amministrativo.

La giurisprudenza del *Conseil d’Etat* consente al *droit administratif* di passare da un semplice insieme di regole derogatorie al diritto privato ad un autentico sistema autonomo, costituito da principi e concetti propri, quali il *service public*, l’*excès de pouvoir*, la *responsabilité administrative*. Il contenzioso dinanzi al *Conseil d’Etat* e le decisioni che da esso emanano assicurano per la prima volta un equilibrio efficace fra prerogative pubbliche e garanzie degli amministrati.

Nella prima metà dell’Ottocento però, si assiste ad un ampliamento della competenza giurisdizionale del giudice ordinario, il quale rivendica un’attitudine naturale a conoscere non solo delle controversie concernenti la proprietà, ma anche delle dispute in materia di contratti e di altri istituti regolati dal codice civile. Pertanto, il criterio utilizzato per determinare la

³Cfr. (ibidem), 9.

competenza del giudice diviene quello d'individuare il diritto sostanziale applicabile al caso concreto, cui si aggiunge successivamente il criterio di competenza fondato sulla distinzione tra *actes de puissance publique*, affidati al giudice amministrativo, con i quali l'amministrazione agisce come depositaria dell'autorità attribuita dall'esercizio del potere esecutivo, e *actes de gestion* che l'amministrazione pone in essere in qualità di garante dei servizi pubblici, affidati al giudice ordinario.

Il Novecento vede consolidarsi il criterio di competenza basato sul concetto di *service public*⁴ riferito ad attività dirette alla soddisfazione di interessi comuni e caratterizzate dall'erogazione di prestazioni e servizi ai consociati. Si fa strada la distinzione tra controversie relative ai *services publics administratifs* la cui giurisdizione spetta al Consiglio di Stato e controversie riguardanti i *services publics industriels et commerciaux* che spettano al giudice ordinario, ma tale distinzione non si rivela essere così netta nel momento in cui alcune controversie rientranti nell'ambito dei *service publics administratifs* sono attratte nella competenza del giudice ordinario, in quanto il criterio del *service public* è sempre suscettibile di cedere se il regime dell'atto oggetto della controversia mostri o che il *service administratif* ha agito nell'ambito del diritto comune, o che il *service industriel et commercial* ha adottato strumenti di *droit administratif*. In sostanza, si torna ad un criterio generale di competenza, in virtù del quale è la natura delle norme sostanziali e degli atti di gestione del servizio a determinare la giurisdizione.

La previsione di competenze del giudice ordinario ha comportato la

⁴Cfr. (Maurice Hauriou and others, *Précis de droit administratif et de droit public* (12e éd, Dalloz 2002)), 13 ss.

necessità di istituire, nel 1848, un organo che potesse decidere, nei casi controversi, se la vertenza spettasse allo stesso giudice ordinario o al giudice amministrativo: il Tribunale dei conflitti. Tale tribunale, per assicurare l'equilibrio tra le due giurisdizioni, è composto da uno stesso numero di magistrati della Cassazione e di consiglieri di Stato⁵.

Con l'entrata in vigore, il 4 ottobre 1958, della Costituzione francese che ha dato origine alla Quinta Repubblica, è stato istituito il Consiglio costituzionale (*Conseil constitutionnel*), organo accentrato che svolge anche un controllo di legittimità costituzionale. Successivamente, con due decisioni del Consiglio costituzionale, la prima del 22 luglio 1980 e la seconda del 23 gennaio 1987, si è conferito valore costituzionale all'indipendenza ed alla competenza della giurisdizione amministrativa⁶. La revisione costituzionale del 23 luglio 2008 ha confermato questo radicamento costituzionale introducendo la nozione di *ordre administratif* ⁷ all'art. 65 della Carta e, con decisione del 3 dicembre 2009, il Consiglio costituzionale ha qualificato la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato quali organi al vertice delle due giurisdizioni riconosciute dalla Costituzione⁸.

⁵Cfr. (Travi (n 52)), 11.

⁶Cfr. («Pourquoi existe-t-il une justice administrative ?» (*vie-publique.fr*) <<https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites>> consultato 22 gennaio 2023)

⁷Tre sono i gradi della giurisdizione amministrativa francese: i tribunali amministrativi (*tribunaux administratifs*), le corti amministrative d'Appello (*courts administratives d'Appel*) e il Consiglio di Stato, Cfr. («L'ordre administratif» (*Ministère de la Justice*) <<https://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-administratif-10034/>> consultato 22 gennaio 2023)

⁸§ 3 CC 3 décembre 2009, «*juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution*». Cfr. («Décision n° 2009-594 DC du 3 décembre 2009 - Communiqué de presse» (*Conseil constitutionnel*) <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede-decision-n-2009-594-dc-du-3-decembre-2009-communique-de-presse>> consultato 22 gennaio 2023)

3.3 Il *pouvoir d'injonction* del giudice amministrativo

La legge n. 95-125 del 8 febbraio 1995 ha introdotto nel codice dei tribunali amministrativi e delle corti amministrative di appello (*code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*) un nuovo titolo, dedicato all'esecuzione del giudicato e inserito all'interno del libro relativo alle attribuzioni giurisdizionali dei tribunali e delle corti. L'art. L. 8-2 dello stesso codice⁹ stabilisce le modalità con cui i giudici dei suddetti tribunali e corti d'appello possono ingiungere all'amministrazione di ottemperare alle sentenze distinguendo due casi, a seconda del potere, più o meno vincolato, dell'amministrazione stessa. Al comma 1 si prevede che qualora un ente pubblico, o un organismo di diritto privato incaricato della gestione di un pubblico servizio, debba adottare una determinata misura per l'esecuzione della sentenza, il tribunale amministrativo o la corte amministrativa di appello, precedentemente chiamati a decidere in tal senso, prescrivono tale misura, fissando altresì un termine entro il quale l'esecuzione della stessa debba avvenire. Il comma 2 del medesimo articolo L. 8-2 aggiunge invece che, qualora un ente pubblico, o un organismo di diritto privato incaricato della gestione di un servizio pubblico, debba adottare un nuovo provvedimento, a seguito di una nuova fase istruttoria, il tribunale amministrativo o la corte amministrativa di appello, precedentemente chiamati a decidere in tal senso, stabiliscono che l'adozione del nuovo provvedimento debba avvenire entro un determinato termine¹⁰.

⁹Art. L. 8-2 C. trib. mar. («Le pouvoir d'injonction et le prononcé d'astreintes pour l'exécution des décisions de justice» (*Sénat*) <<https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>> consultato 22 gennaio 2023).

¹⁰L'articolo L. 8-2 utilizza testualmente i termini di “*jugement*” e di “*arrêt*”, con cui rispettivamente si intendono le sentenze emesse dai tribunali amministrativi e le sentenze dei gradi successivi di giurisdizione, c.d. *Hautes juridictions* o *juridictions souveraines*, Cfr.

L'articolo L. 8-3 del codice dei tribunali amministrativi e delle corti amministrative di appello permette al giudice chiamato a decidere di accompagnare al potere ingiuntivo prescritto dall'articolo L. 8-2 la previsione di una penale, la cosiddetta *astreinte*, nell'ambito della stessa decisione.

L'art. L. 8-4 prevede che, nel caso di mancata esecuzione della sentenza emessa dal tribunale amministrativo o della corte amministrativa di appello, la parte interessata all'ottemperanza può chiedere al giudice dello stesso tribunale o della stessa corte amministrativa di appello che ha pronunciato la decisione di assicurarne l'esecuzione. Il giudice potrà così definire le modalità di esecuzione, fissare un termine per l'esecuzione e stabilire una penale (*astreinte*), ferma restando la possibilità di rimettere la richiesta di esecuzione al Consiglio di Stato¹¹.

Tuttavia oggi, venticinque anni dopo aver ottenuto la facoltà di ingiungere all'amministrazione l'esecuzione delle sentenze, il giudice amministrativo si dimostra normalmente molto prudente nell'esercizio di tale potere. Tale constatazione deriva dalla lettura di alcune ordinanze da esso pronunciate durante la pandemia da Covid-19, dalla cui lettura emerge che le circostanze eccezionali del momento, parallelamente al rafforzamento dei poteri normalmente attribuiti alle autorità esecutive, legittimavano un utilizzo più esteso del *pouvoir d'injonction*. In generale, si è notata da parte del giudice amministrativo una qualche reticenza nell'esplicitare il suo pieno potere ingiuntivo: sia esso o meno giuridicamente fondato, egli dimostra una sorta di autolimitazione quando si tratta di agire d'imperio¹². In

(«Différence entre un arrêt et une décision» (*Juri'Predis*) <<https://tinyurl.com/ye22pd59>> consultato 22 gennaio 2023)

¹¹Art. L. 8-4 C. trib. mar.

¹²Cfr. (Xavier Dupré de Boulois, «Le référé-liberté pour autrui. Une société commerciale au secours du droit à la vie» [2013] *Revue des droits et libertés fondamentaux-RDLF*),

particolare, quando pronuncia un'ingiunzione, si obbliga a non sostituire il suo apprezzamento a quello dell'amministrazione e cerca di non interferire con essa in presenza di poteri discrezionali. In questa prospettiva, il potere ingiuntivo che il giudice indirizza verso l'amministrazione è costantemente circoscritto, così come sono limitate le conseguenze giuridiche che ne derivano¹³.

3.4 L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo

L'amministrazione è tenuta a conformarsi spontaneamente alla sentenza pronunciata dal giudice amministrativo il quale talvolta indica anche come l'amministrazione stessa debba procedere in tal senso. Tuttavia, qualora invece l'amministrazione non ottemperi, o alla decisione del giudice segua solo un'esecuzione parziale, la parte interessata può agire secondo due modalità, a seconda che l'amministrazione sia stata condannata a versare una somma di denaro, oppure debba adottare un nuovo provvedimento a seguito della sentenza di annullamento di un atto amministrativo¹⁴.

Nel primo caso, se la domanda del privato verte unicamente sul versamento di una somma di denaro da parte dell'amministrazione, egli può attivare la *procédure de la contrainte au paiement*, chiamata anche *procédure*

p. 2137

¹³Cfr. (Mattéo Bartolucci, «Le pouvoir d'injonction du juge administratif revisité par les circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire du Covid-19» (*Actu-Juridique*, 16 luglio 2020) <<https://tinyurl.com/4sfhd3ux>> consultato 22 gennaio 2023)

¹⁴Cfr. “*Qu'est-ce que l'exécution des décisions?*” in («L'exécution des décisions du juge administratif» (*Cour administrative d'appel de Paris*) <<https://tinyurl.com/5fr43pw>> consultato 22 gennaio 2023)

*du paiement forcé*¹⁵ che gli permetterà di ottenere il pagamento della somma dovuta, a condizione che la decisione del giudice sia divenuta definitiva, ne stabilisca precisamente l'ammontare e che l'amministrazione non abbia versato la somma entro il termine stabilito di due mesi dalla notifica della sentenza. La domanda, se il debitore è lo Stato, deve essere indirizzata al *Comptable public*, normalmente la Direzione Regionale delle Finanze Pubbliche, per ottenere il pagamento. Qualora invece il debitore sia un ente territoriale (regione, dipartimento o comune) o un'altra struttura pubblica (*établissement public*), occorre rivolgersi al Prefetto o all'autorità di tutela preposta, sollecitando l'erogazione d'ufficio della somma dovuta.

In tutti gli altri casi di inottemperanza da parte dell'amministrazione, il privato può richiedere al giudice l'esecuzione. In generale, tale richiesta al giudice non può essere presentata prima della scadenza del termine di tre mesi dalla notificazione della sentenza, ma può essere inoltrata entro un termine diverso nei casi seguenti:

- 1) qualora la sentenza stabilisca un termine preciso per l'esecuzione, la domanda non può che essere presentata entro tale termine;
- 2) se l'amministrazione rifiuta espressamente di conformarsi alla sentenza, non sussiste un termine per la richiesta al giudice;
- 3) nel caso di sentenza che stabilisca l'attuazione di misure urgenti, l'esecuzione può essere richiesta immediatamente.

Per l'esecuzione di una sentenza pronunciata da un tribunale amministrativo, la domanda di esecuzione dovrà essere presentata allo stesso tribunale che ha reso il giudizio e, se il giudizio è stato emesso da una

¹⁵Tradotto letteralmente come procedura di pagamento forzato.

corte amministrativa d'appello, occorrerà rivolgersi alla stessa corte. Per l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato o di una giurisdizione amministrativa speciale (in particolare, la *Cour nationale du droit d'asile*), la domanda dovrà essere indirizzata alla delegazione all'esecuzione delle decisioni di giustizia della *section du rapport et des études du Conseil d'Etat*. Nel caso in cui la domanda sia rivolta per errore ad un giudice non competente, questi la inoltrerà al giudice competente informando le parti¹⁶.

Per il privato, al fine di presentare la domanda di esecuzione, non è obbligatorio ricorrere all'assistenza di un avvocato. La domanda può essere inoltrata a mezzo dell'applicazione *Télérecours citoyens*, accessibile dal sito www.telerecours.fr, oppure a mezzo posta con raccomandata A/R alla giurisdizione competente, avendo cura di indicare la sentenza che si ritiene non ottemperata, le difficoltà che si riscontrano, le misure che si ritengono dover essere intraprese per rimediare alla situazione specifica e, contestualmente, richiedere la pronuncia di una *astreinte* a carico dell'amministrazione renitente, volta ad indurre la medesima amministrazione ad eseguire quanto statuito dal giudice.

La procedura di esame della domanda di esecuzione si svolge in due fasi¹⁷. Durante la prima fase, denominata *phase administrative*, entro un termine massimo di sei mesi, il presidente del tribunale amministrativo, della corte amministrativa di appello o della sezione di rapporto e di studi del Consiglio di Stato, promuove tutte le iniziative e le indagini necessarie ad assicurare l'esecuzione della sentenza da parte dell'amministrazione. Qualora rilevi che l'amministrazione abbia nel frattempo ottemperato o che la do-

¹⁶Cfr. "*Comment faire exécuter les décisions rendues par le juge administratif?*" in («L'exécution des décisions du juge administratif» (n 64))

¹⁷Cfr. "*Comment se déroule l'examen de ma demande d'exécution?*" in (ibidem)

manda sia infondata, procederà all'archiviazione dandone comunicazione alle parti.

La seconda fase, la *phase jurisdictionelle*, può essere avviata sia su iniziativa della giurisdizione competente, quando il presidente ritenga sia necessario prescrivere determinate misure di esecuzione, ad esempio la pronuncia di una *astreinte*, oppure se la domanda di esecuzione non è stata soddisfatta entro il termine di sei mesi, sia su iniziativa di parte, qualora venga impugnata l'archiviazione entro il termine di un mese dalla sua notifica. Tale impugnazione dovrà essere proposta alla *section du contentieux* del Consiglio di Stato. La *phase jurisdictionelle* può sfociare nella pronuncia di un'ingiunzione all'amministrazione, accompagnata da una *astreinte*, se il giudice ritiene che la sentenza sia rimasta inadempita. L'ingiunzione consiste nell'imporre all'amministrazione di adottare un determinato provvedimento o di riesaminarne la spettanza entro un termine fissato dal medesimo giudice, mentre l'*astreinte* consiste in una penale stabilita a carico dell'amministrazione, il cui ammontare è suscettibile di aumentare fin tanto che l'inottemperanza persiste. Tuttavia, qualora il presidente della giurisdizione competente ritenga che le cautele adoperate siano suscettibili di permettere l'esecuzione della sentenza a breve termine può stabilire, dandone previa informazione alle parti, che l'avvio della procedura giudiziale abbia luogo solo una volta scaduto un termine supplementare di quattro mesi¹⁸.

¹⁸Cfr. "Que faire lorsque l'Administration n'exécute pas le jugement d'un tribunal administratif ou l'arrêt d'une cour d'appel?" in («Les fiches pratiques de la justice administrative» (Cour administrative d'appel de Paris) <<https://tinyurl.com/3fw67rwb>> consultato 22 gennaio 2023)

3.5 L'*astreinte*

Il sistema francese di giustizia amministrativa è quello che più si avvicina al nostro per tradizione giuridica, ma, sotto il profilo dell'esecuzione della sentenza amministrativa, esso presenta, nella sostanza, maggiori punti di convergenza con quello tedesco, sia per quanto attiene al raffronto tra il *pouvoir d'injonction* e i poteri direttivi di cui al *Verpflichtungsurteil* ovvero al *Folgenbeseitigungsurteil*, sia per quanto riguarda le misure di coazione indiretta volte a piegare la resistenza dell'amministrazione inottemperante e cioè le *astreintes* rispetto allo *Zwangsgeld*, con il naturale corollario, comune ad entrambi i sistemi, di un rigoroso recepimento del principio della separazione dei poteri¹⁹.

La legge di riforma del contenzioso amministrativo 95-125 dell'8 febbraio 1995 ridefinisce la disciplina sull'esecuzione del giudicato amministrativo, ribaltando 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 e, in secondo luogo, ampliava il potere di *astreinte*, prima attribuito in via esclusiva al *Conseil d'Etat* ed esercitabile anche *ex officio*²⁰, con la devoluzione dello stesso anche ai tribunali e alle corti di appello.

¹⁹In SFT, p. 204, l'autore riprende (De Pretis (n 36)), che osserva come il problema dell'esecuzione della sentenza amministrativa risiede, nell'ordinamento francese così come in altri ordinamenti continentali, nella difficile coesistenza tra la riserva amministrativa del potere di rinnovare l'attività provvedimentale a seguito della decisione del giudice e la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale e quindi dell'esecuzione delle statuizioni giudiziali.

²⁰In SFT, p. 205, l'autore descrive il primo caso di applicazione *ex officio* di un'*astreinte* (CE 28 maggio 2001).

L'*astreinte*, quale principale mezzo di coercizione indiretta, è uno strumento a carattere esclusivamente patrimoniale che ha lo scopo di incentivare l'esecuzione di una sentenza di condanna, attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria che la parte inadempiente dovrà versare a favore del creditore vittorioso in giudizio²¹. Le prime applicazioni dei mezzi di esecuzione indiretta si rinvencono nel diritto romano classico secondo cui, nei casi di condanna a rilasciare un fondo o a realizzare un *opus*, si stabiliva che il soccombente avrebbe dovuto, in difetto, pagare una somma pari ad una multa del valore del fondo o dell'opera da realizzare. Viceversa, in epoca medioevale, l'applicazione degli strumenti di induzione all'adempimento era circoscritta ai casi in cui l'interesse del creditore non potesse essere soddisfatto attraverso l'esperimento dell'esecuzione diretta per cui era necessaria la partecipazione del debitore. In Francia, l'applicazione dell'*astreinte* è stata per la prima volta formalizzata da una sentenza del Tribunale di Cray del 1811, mediante la quale il soccombente veniva condannato a "compiere una pubblica ritrattazione sotto pena di dover pagare tre franchi per ogni giorno di ritardo nell'adempimento". L'*astreinte* era di conseguenza strutturata come una pena privata, non avente il fine di riparare un pregiudizio, ma quello di riparare una disobbedienza. La legge n. 626 del 5 luglio 1972 ha qualificato l'*astreinte* come sanzione oggetto di condanna accessoria, il cui adempimento non estingue l'obbligazione principale, motivo per cui il soccombente può essere condannato a corrispondere un determinato importo al creditore vittorioso indipendentemente e in aggiunta al risarcimento del danno, stante la cumulabilità della misura

²¹Cfr. definizione in (Francesco Maria Ciaralli, «Il nuovo giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo alle *astreintes*» (*ItaliAppalti.it*) <<https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=3595>> consultato 22 gennaio 2023).

reintegrativa con quella sanzionatoria.

Nell'ordinamento francese, al pari di quello romano, l'*astreinte* è comminabile per indurre il soccombente ad eseguire ogni sentenza di condanna, non rilevando che la condotta ordinata sia infungibile. Da ciò discende che tale strumento è costruito come mezzo sanzionatorio che giustifica un trasferimento di ricchezza dalla parte inadempiente al creditore vittorioso e che, in ossequio alla sua natura meramente compulsorio-retributiva, mira a "punire" l'inosservanza di ogni tipo di sentenza di condanna, indipendentemente dalla fungibilità della prestazione ordinata dal giudice. Come ulteriore conseguenza, si ha la possibilità di concorso tra due distinte procedure esecutive, una per l'*astreinte* e l'altra per l'esecuzione forzata della prestazione originaria.

Il d.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 (c.p.a.) ha introdotto anche nel processo amministrativo italiano l'istituto dell'*astreinte*, sia pure con talune rilevanti differenze rispetto al modello francese. L'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. attribuisce infatti al giudice amministrativo il potere di fissare *"la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato"*. A differenza dell'ordinamento francese, in Italia l'*astreinte* può essere irrogato solo in sede di ottemperanza e non anche di merito: da ciò discende che nel processo amministrativo italiano la misura coercitiva non si configura come sanzione ad esecuzione differita, destinata a divenire attuale se ed in quanto l'amministrazione non esegua l'ordine contenuto nella sentenza di merito, ma presuppone che l'inadempimento del debitore sia già stato accertato dal giudice dell'ottemperanza.

Il comma 4, lett. e) contempla inoltre due requisiti negativi, ovvero che il provvedimento di condanna alla misura coercitiva non sia “*manifestamente iniquo*” e che non ricorrano “*ragioni ostative*”. L’art. 114 c.p.a. però tace sia sui parametri in base ai quali calcolare il *quantum* della sanzione, sia sui *genera* di condotte che possono essere assistiti dall’*astreinte*. Dottrina e giurisprudenza hanno dunque avuto il compito di chiarirne il perimetro applicativo principalmente con due orientamenti, tra loro distinti in base alla ricostruzione della *ratio*, nonché in base all’autonomia annessa all’istituto di diritto amministrativo rispetto alla generale previsione di *astreinte* prevista nel codice di procedura civile. L’indirizzo dottrinario accolto dalla giurisprudenza maggioritaria sostiene che, in termini di *ratio*, nulla osta all’applicazione delle misure coercitive anche al di fuori del tradizionale perimetro degli obblighi infungibili. In particolare, finalità dell’*astreinte* sarebbe quella di sanzionare la mancata conformazione del soccombente all’ordine del giudice, non rilevando in chiave strutturale il *genus* della condotta rimasta inadempita, analogamente a quanto è previsto nell’ordinamento francese. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 15 del 25 giugno 2014, ha condiviso tale interpretazione estensiva, ponendo in rilievo un argomento di diritto comparato che, prendendo a modello il sistema francese, rileva che l’*astreinte* si caratterizza per un’indiscussa funzione sanzionatoria, essendo finalisticamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, anziché un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza. Viene quindi in rilievo l’argomento equitativo, in virtù del quale, essendo le penalità di mora una pena e non una forma di risarcimento, non sussiste un’inammissibile doppia riparazione di un unico danno, ma l’aggiunta di una misura sanzionatoria

ad una tutela risarcitoria. L'Adunanza Plenaria precisa che la funzione deterrente e general-preventiva delle penalità di mora verrebbe frustrata dalla mancata erogazione della tutela ove vi sia già stato o possa essere assicurato un integrale risarcimento. Il legislatore, recependo l'orientamento fatto proprio dall'Adunanza Plenaria, ha novellato l'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. aggiungendo con la legge n. 208 del 28 dicembre 2015 un ulteriore periodo che stabilisce che *“nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali”*.

Infine, l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., in considerazione della specialità del debitore pubblico, con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici, ha aggiunto al limite negativo della manifesta iniquità quello della sussistenza di “altre ragioni ostative”²².

3.6 Gli strumenti di prevenzione dell'inottemperanza della Pubblica Amministrazione

Accanto alle vere e proprie misure coattive fin qui esaminate, ve ne sono altre di minore impatto quali il cosiddetto *systeme d'aide à l'exécution* e

²²Cfr. (ibidem)

il *mediateur de la Republique*, le cui funzioni, dal 2011, sono state attribuite al *Défenseur des droits*.

Per quanto riguarda il *système d'aide à l'exécution*, al fine di prevenire un'inottemperanza o 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 alla modalità con le quali le autorità soccombenti devono conformarsi al giudicato ai tribunali amministrativi e alle corti amministrative d'appello, per quel che attiene all'esecuzione delle loro decisioni²³, 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 speciali²⁴.

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 riceve invece i reclami nei confronti delle amministrazioni inadempienti e interviene per mezzo della sezione *du rapport et des études*, affinché l'autorità competente ottemperi al giudicato. In quest'ultimo caso, non è necessario né il ministero di un difensore, né attendere il decorso di un termine dilatorio, di regola di almeno tre mesi, quando si tratti di dare esecuzione ad una decisione involgente misure urgenti, ovvero nei casi di rifiuto esplicito ad adempiere. Inoltre, 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 di *aide à l'exécution*²⁵.

²³Art. 12, decreto n. 831 del 3 luglio 1995 - *CJA*, art. R 921-5.

²⁴Art. 59, decreto n. 766 del 30 luglio 1963 e succ. mod. - *CJA*, art. R931-1 et 2.

²⁵Cfr. (René Chapus, *Droit du contentieux administratif* (13e éd, Montchrestien-Lextenso

Il *mediateur de la Republique* era una figura istituita con la legge del 3 gennaio 1973 (art. 11, al. 2) e succ. mod., alla quale veniva attribuito il compito d'invitare l'organo inadempiente a conformarsi al giudicato entro un termine dal medesimo fissato, pena la diffusione della notizia del biasimevole comportamento tenuto nella fattispecie dall'amministrazione, attraverso una relazione da pubblicarsi sul cosiddetto *Journal officiel* ("*l'ineécution du jugement fera l'objet de sa part d'un rapport spécial, publié au journal officiel*"). In pratica, si trattava di un mezzo di pressione morale, volto a far leva sulla minaccia di pubblicità della vicenda. Nel 1994 il *mediateur* aveva redatto per la prima volta 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'inesecuzione di una sentenza del Tribunale amministrativo di Versailles del 22 giugno 1993 che aveva condannato il comune di Mennecy ad erogare lo stipendio dovuto a un suo impiegato²⁶. Fino al 2011, il ruolo del *mediateur de la Republique* è stato quello di dirimere le controversie tra i privati e la pubblica amministrazione sorte in seguito a disservizi e malfunzionamenti nell'operato di quest'ultima, quali lentezza del procedimento, errore, silenzio, omissione di informazioni e mancata esecuzione di un giudicato. Si trattava di un'autorità indipendente, la cui nomina, irrevocabile, avveniva da parte del Consiglio dei ministri con un mandato di sei anni non rinnovabile. Una volta che il *mediateur* riceveva l'istanza, se la riteneva fondata, intraprendeva una sorta di dialogo di mediazione con l'amministrazione, a seguito del quale, se la risposta dell'amministrazione non era ancora ritenuta soddisfacente, poteva giungere alla formulazione di raccomandazioni

éd 2008)), 1132.

²⁶Cfr. (ibidem), 1135.

che rendeva pubbliche²⁷.

A seguito della revisione costituzionale del 23 luglio 2008 e della legge del 29 marzo 2011 che l'ha istituito, le persone fisiche o giuridiche coinvolte in una controversia con la pubblica amministrazione che verta sul malfunzionamento di pubblici servizi o sull'inottemperanza da parte dell'amministrazione a sentenze favorevoli alle stesse persone fisiche o giuridiche possono rivolgersi al *Défenseur des droits*. Egli verifica innanzitutto che l'istanza ricevuta rientri nella sua sfera di competenza, in caso contrario, indirizza i richiedenti alle istituzioni o agli organismi preposti. Se di sua competenza, svolge una fase istruttoria, raccogliendo tutti gli elementi e le informazioni che possano essere utili alla conoscenza del caso. Se l'istanza si riferisce a un errore di procedimento, un'incomprensione o un errore da parte dell'amministrazione, il *Défenseur des droits* prova a risolvere in via amichevole il conflitto, ma se ciò non è possibile, rivolge una raccomandazione all'amministrazione interessata, ad esempio per richiedere di rispondere alla richiesta di adozione di un provvedimento entro un dato termine. L'amministrazione sarà poi tenuta a rendergli conto delle azioni intraprese a seguito di tale raccomandazione. Le raccomandazioni del *Défenseur des droits* possono anche essere di carattere generale, relative a problematiche rilevanti, a mezzo delle quali può avanzare proposte di modifica della legge. Egli non può impugnare una sentenza del giudice, ma può presentare osservazioni innanzi a qualsiasi giurisdizione. Il *Défenseur des droits* rappresenta un'autorità indipendente ed imparziale, è nominato dal Presidente della Repubblica per sei anni, previa audizione

²⁷Cfr. (Xavier d'Hellencourt, «A quoi sert le médiateur de la république ?» (*d'Hellencourt Avocat*, 20 marzo 2015) <<https://tinyurl.com/2wrsatec>> consultato 22 gennaio 2023)

parlamentare.

Prima di ricorrere al *Défenseur des droits* però, è necessario da parte delle persone fisiche o giuridiche espletare tutte le procedure previste nell'ambito della stessa amministrazione per contestarne la decisione, ad esempio un ricorso gerarchico. Per quanto riguarda i costi, l'assistenza del *Défenseur des droits* è gratuita, ma l'istanza a lui rivolta non interrompe i termini di prescrizione normalmente stabiliti per intraprendere l'azione giudiziaria²⁸.

²⁸Cfr. («Litige avec l'administration : saisir le Défenseur des droits» (*Service Public*) <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F13158>> consultato 22 gennaio 2023)

Capitolo 4

La giustizia amministrativa nel Regno Unito

4.1 Il processo di riforma degli *administrative tribunals*

Gli *administrative tribunals*, le cui radici risalgono al secolo XVII, non hanno la natura di autentiche corti di giustizia, ma sono organi a carattere amministrativo, “aventi funzioni giurisdizionali al di fuori della magistratura ordinaria”¹. Si tratta, in origine, di corpi amministrativi ai quali appositi *statutes* attribuiscono il potere di *adjudication* in determinati settori: si va dal lavoro nelle fabbriche, ai sussidi di disoccupazione, alle pensioni, all’istruzione, alla sanità, all’edilizia, alla pianificazione delle città. Le decisioni dei *tribunals*, sovente simili alle pronunce giudiziali, ma altre volte più somiglianti ad atti amministrativi, in una prima fase sono largamente sottratte

¹Cfr. (Francesco De Franchis, *Dizionario Giuridico. v.1: inglese-Italiano = Law dictionary : English-italian* (Giuffrè 1984)), 1457.

al controllo delle corti ordinarie². Nel Regno Unito, la mancanza di una netta divisione tra il potere esecutivo e quello giudiziario ha rappresentato un terreno fertile per organi di questo tipo, mentre nei “paesi a diritto amministrativo”, in cui tale separazione vi è stata, ciò non è avvenuto³.

I tribunali non si inseriscono nel sistema di governo e non partecipano alla realizzazione delle *policies* dell'esecutivo, in quanto svolgono un compito separato di amministrazione giustiziale. Non a tutti sono però attribuite funzioni di tipo giudiziale. Alcuni *tribunals*, a cui spettano funzioni regolatorie dei processi economici, si avvalgono di una tradizionale potestà amministrativa, rilasciando provvedimenti individuali come le *licences*. Nella maggior parte dei casi, i tribunali sono legittimati a vagliare il merito delle decisioni dell'autorità pubblica, disponendo del potere di rivedere la scelta amministrativa e di assumere una decisione più favorevole al privato ricorrente, avvalendosi di una procedura più snella e spedita nel giungere a termine. Essi risolvono conflitti in numerose materie, quali quella fiscale, assistenziale, previdenziale, sanitaria, oppure attinente all'immigrazione. In tal modo, il ricorso di chi si sente leso dall'operato amministrativo è rivolto ad una autorità diversa da quella che ha emanato il provvedimento, ma che, prima della riforma, era legata da un rapporto organizzatorio con quest'ultima. La diffusione dei *tribunals* che, in ipotesi residuali, si occupano di conflitti che intervengono fra i privati, dipende anche dal fatto che comportano costi inferiori rispetto a quelli dei rimedi giurisdizionali tradizionali e decidono più speditamente. Essi non agiscono nelle forme del procedimento, ma

²Cfr. (Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato: mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale* (Il Mulino 2019)), 67.

³Avanzando un parallelo con l'ordinamento italiano, nel Regno Unito è in pratica mancato un provvedimento normativo simile alla legge 31 marzo 1889, n. 5992, che ha istituito un sistema di giudici speciali per l'amministrazione. Cfr. (ibidem), 64.

in quelle del processo, poiché esercitano *quasi-judicial functions*, ossia funzioni che non sono giudiziarie in senso stretto, ma che vengono esercitate sotto molti aspetti *judicially*, applicando proprio le regole del procedimento giudiziario⁴.

Storicamente, all'indomani della seconda guerra mondiale, è stato l'avvento del *welfare state* a determinare una significativa espansione del modello dei tribunali, ma non sono mancate ragioni prettamente politiche che hanno spinto il legislatore ad optare per questa soluzione, in quanto è stato sostenuto che il *welfare state* dovesse avere un suo sistema indipendente di *adjudication*, poiché vi era il pericolo di un *judicial sabotage of socialist legislation*. In virtù dei *tribunals* infatti, si andava indebolendo il modello degli *inflexible private rights* e si passava dagli *absolute rights* ai *qualified rights*, protetti in quanto compatibili con il bene comune, come interpretato dagli stessi *administrative tribunals*. Ne discende una serie di “regole speciali elaborate dai *tribunals* che venivano componendo un diritto progressista contro il conservatorismo della *common law* costruita dalle corti giudiziarie⁵. Allo stesso tempo, sulla scorta di una sostanziale ricerca dell'efficienza, sembrava valere nel dibattito d'oltre Manica la formula in base alla quale “il miglior giudice dell'amministrazione è chi ne fa parte e la conosce e, cioè la stessa amministrazione, perché il giudice che appartiene all'amministrazione non prova alcun timore reverenziale di fronte a questa ed è più preparato a cogliere i difetti e le malizie del comportamento di essa”⁶. Ciò nonostante, nel giro di mezzo secolo, la creazione di nuovi tribunali non si

⁴Cfr. (Sabino Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo: una analisi della legislazione e della giurisprudenza* (STEM Mucchi 1971)), 36 ss.

⁵Cfr. (D'Alberti (n 80)), 76.

⁶Cfr. (M Nigro, «Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)», *Riv. trim. dir. proc. civ* (1974)).

è arrestata, ma, da questa proliferazione nel numero, derivavano una serie di conseguenze ulteriori che minavano l'efficacia del sistema nel suo complesso, perché all'eccessiva frammentazione sul piano delle competenze, seguiva anche una diversità di regole procedurali, con conseguenti disparità di trattamento. Alcuni tribunali erano infatti retti da regole di procedura, altri invece ne risultavano privi, ovvero vigevano regole di composizione non uniformi o, ancora, alcuni erano obbligati a emettere decisioni motivate, mentre altri avevano il potere di derogare a questa regola. Ne risultava quindi un sistema inefficiente e poco affidabile, non in grado di garantire una tutela effettiva ai diritti dei cittadini, che doveva essere razionalizzato e connotato di maggiore uniformità, tenuto conto del maggior volume di ricorsi da definire rispetto a quello delle corti giudiziarie. Nel 1957, una commissione propose la riorganizzazione del sistema dei *tribunals*⁷ e, sulla base dei lavori della *Franks Committee*, s'interveniva con il *Tribunals and Enquiries Act*, adottato nel 1958. L'idea di fondo che ispirava questo intervento è basata sull'assunto che questi corpi amministrativi di decisione contenziosa dovevano "essere considerati per le loro funzioni, più che per la loro appartenenza formale"⁸. Dovevano essere organizzati non sulla base dell'apparato amministrativo di cui facevano parte, ma secondo l'insieme dei compiti che essi erano chiamati a svolgere. Secondo il *Franks Report*, la decisione del tribunale doveva essere considerata come un controllo esterno sull'amministrazione: attraverso i suoi organi venivano accertati fatti e veniva applicato il diritto agli stessi fatti, decidendo su questioni legali. Da

⁷Cfr. (Geoffrey Marshall, «The Franks Report on Administrative Tribunals and Enquiries» (1957) 35 *Public Administration* 347 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1957.tb01316.x>> consultato 23 gennaio 2023)

⁸Cfr. (Salvatore Cattaneo, «Agencies e regulation nel Regno Unito» in Silvano Labriola (a c di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano* (Giuffrè 1999)).

ciò discendeva che il *chairman* doveva avere una preparazione legale, che dovevano essere previste garanzie di tipo giurisdizionale attinenti sia alla procedura (osservanza del contraddittorio, diritto di appello, udienza pubblica), sia al soggetto giudicante (di cui si sanciva l'indipendenza rispetto all'autorità governativa); che doveva essere garantita la rappresentanza legale degli interessi e che dovevano poter essere assunte le prove in giudizio, compresa la testimonianza. L'indipendenza dei tribunali, grazie a questa riforma, diviene più puntuale e in sostanza simile a quella delle *courts of law*. Ciò rappresenta una garanzia del potere dei tribunali dall'interferenza politica e corrisponde ad una maggiore autonomia nelle scelte.

Con il *Tribunals and Inquiries Act* del 1992 veniva riformato il *Council on Tribunals*, organismo già istituito nel 1958 e preposto al ruolo di sorveglianza sull'attività dei tribunali. Sebbene la funzione svolta da tale organismo fosse limitata all'esercizio di un potere consultivo, ciò non ha impedito a quest'ultimo di svolgere un ruolo importante anche nell'assicurare *fairness*, *openness* e *impartiality*, a garanzia di coloro che presentano le loro istanze a tali strutture. A dispetto dei citati interventi riformatori, tesi a difendere "*cheapness, accessibility, freedom from technicality, expedition and expert knowledge of their particular subject*"⁹, questi caratteri sono gradualmente venuti meno, poiché gli aspetti processuali si sono venuti complicando e la presenza di regole complesse, proprie di determinate strutture, ha avuto l'effetto di rendere alcuni tribunali concretamente accessibili solo a quanti avevano l'occasione di frequentarli con regolarità. Permanevano alcune questioni non risolte, come la scarsa uniformità, la mancanza di un unico apparato complessivo, l'assenza di un coordinamento centrale. L'assenza di

⁹Cfr. (ibidem).

razionalità nell'organizzazione e di uniformità nelle strutture e nella procedura spingono, nel maggio 2000, Lord Irvine, in qualità di Lord Chancellor, ad affidare una valutazione del sistema a Sir Andrew Leggatt, “a retired Lord Justice of Appeal”¹⁰. Il rapporto Leggatt, intitolato *Tribunals for Users. One System, One Service*, si propone di semplificare l'assetto, in modo da rendere i tribunali quanto più possibile *user friendly*. Le proposte in esso contenute sono state, per la maggior parte, recepite e fatte proprie dall'autorità governativa, titolare dell'iniziativa legislativa. Fra di esse, il punto maggiormente qualificante sta nel tentativo di concentrare le competenze, prima spalmate su una pluralità di organi a competenza settoriale, in capo a due soli organismi, coadiuvati da un'unica struttura preposta alla gestione dei servizi amministrativi.

A questo rapporto fa seguito il *White paper* del 2004, adottato dal Ministero della Giustizia, intitolato *Transforming Public Services: complaints, Redress and Tribunals*, nel quale la posizione dei tribunali si inserisce in un più ampio processo di revisione dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie tra cittadino e potere pubblico. Nell'ambito di questi, i *tribunals* sono individuati come un modello informale ed economico capace di fornire giustizia, nell'accoglimento delle principali indicazioni provenienti dal rapporto Leggatt. Nel *paper* l'oggetto dell'indagine è la *proportionate dispute resolution*¹¹, ossia il rafforzamento di tutte le procedure volte a tutelare, in via preventiva, il cittadino contro i pubblici poteri, in modo da

¹⁰Cfr. (Trevor Giles Buck, «Tribunal reform in the UK: Precedent and reporting in the new unified structure» (2007))

¹¹Secondo la definizione contenuta nel *White paper*: “the aim is to develop a range of policies and services that, so far as possible, will help people to avoid problems and legal dispute in the first place, and where they cannot, provides tailored solutions to resolve the dispute as quickly and cost effectively as possible. It can be summed up as “proportionate dispute resolution”.

ridurre i casi di ricorso dinanzi alle *courts of law*, nell'auspicio di “*to avoid disputes arising in the first place by improving initial decision-making*”¹².

Sulla base del *Leggatt Report*, nonché del contenuto del *White paper*, è stato adottato il *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, entrato in vigore il 3 novembre 2008, che interviene ad ampio spettro su molti istituti dedicati agli *administrative tribunals*. L'innovazione maggiore della riforma consiste nell'istituzione di due tribunali a competenza generale: il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*, ove si concentrano le funzioni giustiziali di tipo settoriale, finora esercitate dai tribunali esistenti. Mentre il primo rappresenta l'organo di prima istanza, il secondo vanta sia le funzioni di organo di appello, sia di organo di primo grado in particolari ipotesi. I tribunali a competenza generale sono divisi al loro interno in *chambers* che costituiscono sezioni specializzate, con propria *jurisdiction*, organizzate per materia. In particolare, quelle del *First-tier* sono tre: La *Social Entitlement Chamber* che include *Asylum Support, Social Security and Child Support, and Criminal Injuries Compensation*; La *Health, Education and Social Care Chamber* che include *Care Standards, Mental Health e Special Education Needs and Disability*; ed infine la *War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber* che include la *War Pensions and Armed Forces Compensation*. Nel 2009 è stata istituita una *Tax jurisdiction*.

Anche le *chambers* dell'*Upper Tribunal*, definito una “*superior court of records*”¹³, sono tre. Esse sono *Administrative Appeals, Finance and Tax, Lands*. L'*Upper Tribunal* opera, nella maggioranza dei casi, quale sede di appello, gestendo un contenzioso nettamente inferiore rispetto al tribunale

¹²Cfr. (Genevra Richardson e Hazel Genn, «Tribunals in transition: resolution or adjudication?» (2007) 01 PUBLIC LAW 116), 117.

¹³*Tribunals, Courts and Enforcement Act*, ch. 2, s. 3 (5).

di primo grado: poco numerose sono infatti le ipotesi in cui esso rappresenta la sede di prima istanza alla quale il cittadino può rivolgersi per una revisione della decisione amministrativa.

Con il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* si interviene anche sulla disciplina delle impugnazioni, migliorandola e rendendola più omogenea. I tribunali valutano il merito delle decisioni dell'autorità pubblica, riesaminando il provvedimento finale e, se del caso, assumendo una decisione più favorevole al ricorrente. Gli esiti del procedimento dinanzi ai *tribunals* possono essere schematizzati in tre differenti tipologie: a) *adjourned*, che consiste in una decisione di rinvio; b) *overturned*, quando i *tribunals* accolgono favorevolmente l'istanza del ricorrente e respingono la determinazione dell'autorità amministrativa (*decision-maker*); c) *upheld*, che si ha quando invece viene confermata la determinazione del *decision-maker*. Definito il procedimento contenzioso, l'operato dei *tribunals* può essere sindacato, su istanza di parte, sia in via di *appeal*, sia in via di *judicial review*. Una decisione del *First-tier Tribunal* può essere impugnata, per motivi di legittimità (*on a point of law*), dinanzi all'*Upper Tribunal*¹⁴, la cui decisione è a sua volta appellabile dinanzi ad una corte ordinaria. E' previsto un diritto di appello presso la *Court of Appeal*, circoscritto "*to points of law of general importance*"¹⁵.

Quanto alla *judicial review of administrative action*, questa non è toccata dall'intervento riformatore, poiché "prescinde da quel che stabiliscono gli *statutes* e rientra in un *inherent power* del giudiziario secondo la *common law*"¹⁶. Pertanto, in forza della *supervisory jurisdiction*, la *Queen's Bench Di-*

¹⁴Tribunals, Courts and Enforcement Act, ch. 2, s. 11.

¹⁵Tribunals, Courts and Enforcement Act, ch. 2, s. 13.

¹⁶Cfr. (D'Alberti (n 80)), 75.

vision della *High Court* può esercitare nei confronti delle decisioni dei tribunali il suo sindacato mediante i *prerogative orders*. Fra questi, l'*order of certiorari* assicura che gli *administrative tribunals* restino nell'ambito delle loro competenze, che siano osservati i principi di *natural justice*, che gli errori di diritto siano corretti. L'*order of prohibition* ha la funzione di prevenire un *tribunal* dall'eccedere dalla propria giurisdizione, ma non è ammissibile quando sia stata pronunciata una decisione definitiva. Il *mandamus*, invece, è emesso per ingiungere di esercitare la giurisdizione o le proprie funzioni.

Sul versante organizzativo discendono due ulteriori aspetti innovativi dal delineato intervento riformatore. Il primo riguarda l'istituzione del *Administrative Justice and Tribunal Council* che sostituisce il *Council on Tribunals* costituito nel 1958, a cui sono assegnati compiti di sorveglianza sul funzionamento dei tribunali; il secondo attiene invece alla neo istituita agenzia che si occupa della gestione del personale che svolge la sua attività al servizio di tali organi contenziosi. La rinnovata struttura è tenuta a monitorare l'evoluzione della giustizia amministrativa e a verificare che il sistema risponda sempre a tre caratteri essenziali: equità, efficienza e facile accesso alla giustizia.

Nelle regole di composizione dei collegi, ovvero nel sistema delle impugnazioni, sono sempre meno numerosi gli elementi che differenziano i *tribunals* dalle corti ordinarie¹⁷. Di certo, i *tribunals* rimangono organi di appello in senso devolutivo, in quanto ripetono *ex novo* un giudizio, di fatto e di diritto, di un'autorità pubblica, oppure riformano l'atto amministrativo, riproducendo in altra sede il giudizio di ponderazione degli interessi,

¹⁷Come sottolineato in (Richardson e Genn (n 90)), 117, i *tribunals* sono stati istituiti "specifically to adjudicate disputes, typically between citizens and the state, not to resolve them through mediation, conciliation or any other form of non-adjudicative dispute resolution".

mentre le corti giurisdizionali non riconsiderano il provvedimento in ogni suo aspetto, perché il loro controllo è circoscritto al sindacato di legittimità. Tuttavia, molte differenze sono venute a cadere, in quanto il *Tribunals Act* attribuisce il titolo di “giudici” ad alcuni membri dei tribunali, sebbene la loro composizione sia mista, partecipandovi anche esperti laici del settore; inoltre, i tribunali sono organismi *super partes* rispetto agli interessi dell’autorità e dell’amministrato, che agiscono nelle forme del processo, qualificati sul piano delle conoscenze tecniche e specialistiche. La formula organizzativa del giudizio è basata sul contraddittorio, in alcuni casi orale e in altri scritto: le parti si scambiano gli atti, sono stabiliti termini di deposito per i documenti e per le memorie, vi è accessibilità delle parti agli atti del giudizio. E’ stata resa omogenea la disciplina delle impugnative. Al di là della struttura dei tribunali assolutamente ibrida, il punto è che gli *administrative tribunals*, nello svolgimento dell’attività di risoluzione delle controversie, sono inseriti in un contesto più ampio, nel quale operano quasi sullo stesso piano delle corti ordinarie, per cui, i primi per un verso, e le seconde, per l’altro, “*work in partnership with one another to ensure that the public at large have an opportunity to exercise their rights and to seek effective redress against Government decisions*”¹⁸.

4.2 La procedura di judicial review

La disciplina della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) vede la sua piena operatività nell’ordinamento inglese solo all’indomani del recepimento delle previsioni convenzionali mediante l’emanazione

¹⁸Tale espressione si ritrova nei documenti adottati dal *Tribunal Service*.

dello *Human Rights Act* (HRA). La norma di riferimento è quella di cui all'art. 6, §1, CEDU, rispetto alla quale è stato osservato come le garanzie ivi fissate non operino soltanto nel contesto civile e penale, ma anche in ambito amministrativo e come l'efficacia della disposizione si manifesti non solo nella fase processuale strettamente intesa, ma nell'ambito di qualsiasi iter procedimentale genericamente considerato (*decision making process*), in cui sia coinvolta una pubblica autorità. Di conseguenza, le garanzie convenzionali sono state ritenute applicabili anche al procedimento e non solo al processo amministrativo.

Il tema della pienezza di poteri riconosciuti al giudice nella risoluzione di controversie in cui siano parti la Pubblica Amministrazione e i cittadini attiene a quel che la giurisprudenza della Corte EDU ha ormai da tempo qualificato come il canone di "*full jurisdiction*"¹⁹. La stessa Corte EDU ha specificato che, oggetto di valutazione, ai fini dell'integrazione del canone di *full jurisdiction*, non è soltanto l'iter processuale, ma l'intera vicenda procedimentale, concepita come un *unicum*, a partire dal procedimento. Inoltre, l'accertamento della pienezza della tutela giurisdizionale in capo al giudice deve sempre essere effettuato in concreto, ovvero in relazione ai confini verso cui può spingersi l'autorità nel sindacato della decisione amministrativa e in base agli strumenti che questi ha a disposizione²⁰. Pertanto, qualora emerga che i fatti siano stati assunti e ponderati dall'amministrazione nel rispetto dei parametri della *procedural fairness*, le garanzie convenzionali si presumono integrate e ciò anche se nel successivo giudizio l'autorità giuri-

¹⁹Cfr. (F Goisis, «La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri»), pp. 546 ss.

²⁰Cfr. (Paul Craig, «The human rights act, article 6 and procedural rights» [2003] Public law 753), pp. 753 ss.

sdizionale non possiede formalmente il potere di sindacare la decisione nel merito, in quanto anche la mera verifica del rispetto dei principi del contraddittorio e di parità delle armi in sede procedimentale vale a garantire un sindacato pieno del giudice amministrativo. Qualora invece sia riscontrabile un mancato rispetto delle garanzie necessarie in sede procedimentale, ciò comporterà la violazione dei principi del giusto processo.

Il rapporto tra l'implementazione dei principi CEDU e l'area di sindacato rimessa al giudice nel *judicial review* ha effetti, da un lato, sul novero dei motivi di ricorso (*grounds*) e, dall'altro, nei confronti dei canoni di giudizio (*standard*) impiegati nella valutazione da parte delle corti. Con riferimento ai *grounds*, si evidenzia come le nuove forme di tutela entrate a far parte della *domestic legislation* via HRA abbiano avuto l'effetto di ampliare il raggio d'azione (*scope*) del *judicial review*, mentre, per quanto attiene agli *standard*, il dibattito ha interessato principalmente il possibile disallineamento tra il criterio della *Wednesbury unreasonableness*, tipico dell'ordinamento inglese, e quello di proporzionalità elaborato in sede europea.

Il *judicial review* si caratterizza per essere “*a claim to review the lawfulness of an administrative action*”²¹. Per quanto riguarda l'iter processuale che lo connota, esso è articolato in due fasi, secondo la logica del *two stage process*: la prima rappresenta una fase filtro, diretta alla verifica dei presupposti formali necessari per accedere alla tutela innanzi al giudice competente (c.d. *permission* o *leave*)²², mentre nella seconda viene celebrata l'udien-

²¹Cfr. (Peter Cane, «Understanding judicial review and its impact» in Marc Hertogh e Simon Halliday (a c di), *Judicial Review and Bureaucratic Impact* (1^a edn, Cambridge University Press 2004) <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9780511493782A010/type/book_part> consultato 23 gennaio 2023), pp. 17 e ss.

²²CPR, Art. 54, r. 54.4.

za (*hearing*) in contraddittorio tra le parti. Il *judicial review* è stato oggetto di una recente iniziativa di riforma, realizzata attraverso le modifiche introdotte con il *Criminal Justice and Courts Act (CJCA)* nel 2015. La *ratio* dell'intervento si individua nell'avvertita necessità di arginare il diffuso fenomeno di impiego del rimedio giurisdizionale come mera "*delaying tactic*", ossia a scopi dilatori e solo al fine di evitare il dispiegamento degli effetti dell'atto amministrativo impugnato, data la sospensione della sua efficacia che segue all'apertura del contenzioso. Il CJCA ha rappresentato in parte l'antidoto ai malfunzionamenti della macchina della giustizia britannica, incidendo soprattutto in punto di accesso alla tutela giurisdizionale, attraverso l'aumento della somma da versare per l'apertura della fase filtro, una misura volta a scoraggiare il ricorso alla tutela per *judicial review* se non ove strettamente necessario: si prevede infatti la corresponsione di un elevato contributo alle spese legali per ottenere la pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria²³. Tuttavia, le critiche mosse a tale soluzione sono state numerose, fondate soprattutto sul valido assunto in base al quale le *chances* di ottenere una tutela piena ed effettiva, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, a fronte di una decisione amministrativa illegittima, rischiano di essere riservate solo ai pochi in grado di sostenerne i costi procedurali.

Con riguardo all'accesso alla tutela e ai presupposti del giudizio, il sindacato nella forma del *judicial review* è sottoposto a limiti di natura teleologica e funzionale piuttosto definiti che corrispondono ad altrettanti limiti procedurali e sostanziali. Con riferimento ai primi, si tratta dei c.d. *grounds for judicial review*, identificati dalla giurisprudenza inglese nei caratteri di *illegality*, *irrationality*, *procedural impropriety* e *breach of legitimate expect-*

²³CJCA, s. 85-86 e 88-90.

tations. Per quel che concerne la materia degli *human rights*, il canone che più rileva è quello della *illegality*, in quanto, così come statuito dallo HRA “it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right”²⁴. Di conseguenza, in tali casi, l’atto adottato deve essere dichiarato illegittimo dal giudice, in quanto incompatibile con la normativa convenzionale (*declaration of incompatibility*)²⁵.

Per quel che attiene ai limiti sostanziali, il riferimento è ai criteri di giudizio (*standard*) in base ai quali il giudice è chiamato a decidere e, indirettamente, l’incisività del suo sindacato. In particolare, la questione riguarda l’opzione tra l’applicazione del principio di proporzionalità di matrice europea, così come formulato dalla Corte EDU e quello invece tipico della tradizione di *common law*, riconducibile alla *Wednesbury unreasonableness*²⁶. Laddove i giudici europei sono chiamati a soppesare la rilevanza dei relativi diritti ed interessi in gioco, anche entrando parzialmente nell’area di valutazione dell’amministrazione se necessario, nell’ambito dei procedimenti di *judicial review* i giudici inglesi, in genere, sono chiamati ad astenersi dal giudicare su *questions of fact*, potendo verificare al più solo la correttezza formale dell’iter procedurale tenuto in sede di decisione della pubblica autorità, al fine di verificarne la rispondenza con le garanzie del giusto procedimento. Le eventuali criticità che pure si sono evidenziate in sede applicativa sono state comunque risolte, anche attraverso le statuizioni della giurisprudenza di Strasburgo. Da un lato, e per quel che riguarda la pienezza e l’incisività del sindacato giurisdizionale in ambito di *judicial*

²⁴HRA s. 6(1).

²⁵HRA s. 4(2).

²⁶Cfr. (CF Forsyth, William Wade e William Wade, *Administrative law* (Eleventh edition, Oxford University Press 2014)), pp. 305 ss.

review, una soluzione è data dall'adozione del canone di *full jurisdiction*; dall'altro e con riferimento alle differenze tra i diversi standard di giudizio adottati dalle corti nella decisione, il riferimento è alla c.d. dottrina del “*margin of appreciation*”²⁷, in base alla quale si precisa la funzione armonizzatrice della giurisprudenza euro-convenzionale, la quale si limita a dettare delle linee di principio a cui ciascuno Stato è libero di decidere se aderire o meno, fatto comunque sempre salvo il rispetto degli obblighi e delle garanzie fissate nella CEDU.

4.3 Il Parliamentary Ombudsman

Sorta nel 1809 in Svezia, quella dell'ombudsman è divenuta una figura di notevole rilievo nel panorama amministrativo inglese. L'ombudsman rappresenta uno strumento di tutela, alternativo sia alla giurisdizione delle corti, sia a quella dei *tribunals*, di interessi collettivi e individuali lesi dall'inerzia dell'amministrazione o dai suoi comportamenti attivi illegittimi o inopportuni. Il *Parliamentary Commissioner for Administration* (PCA), successivamente definito *Parliamentary Ombudsman* (PO), è stato istituito con il *Parliamentary Commissioner Act* del 1967. Esso è nominato dalla Corona e, nella sua struttura, è organo indipendente ed imparziale, espressione di un incardinamento parlamentare che si manifesta attraverso due meccanismi, il primo rappresentato da “*the MP filter*”, ovvero la necessità, per qualsiasi cittadino che intenda adire il PO, di presentare ricorso dinanzi al

²⁷Cfr. (Rolv Ryssdall, «Opinion: the coming of age of the European Convention on Human Rights.» [1996] EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 18 <<https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.19961123>>), pp. 24 e ss.

rappresentante parlamentare della propria circoscrizione²⁸, il quale costituisce un significativo filtro teso ad evitare il sovraccarico degli uffici del PO. Dinanzi al ricorso del cittadino infatti il parlamentare ha la possibilità di occuparsene in prima persona o di trasmetterlo al PO che, al termine dell'inchiesta, dovrà presentare un rapporto allo stesso parlamentare che gli ha trasmesso il caso²⁹. Il secondo meccanismo di incardinamento parlamentare concerne la regolare presentazione di un rapporto annuale dinanzi al *Select Committee* della Camera dei comuni, deputato alla vigilanza sull'attività del PO, nonché l'audizione su singole questioni ogniqualvolta a ciò sia invitato dalla Camera dei comuni o qualora lo stesso *Select Committee* lo ritenga necessario.

Il modello del PO è stato utilizzato per altre figure; tra tutte, le più importanti nel settore pubblico sono il *Local Government Ombudsman* (LGO), il *Health Service Ombudsman* (HSO), il *European Ombudsman*, il *Prison and Probation Ombudsman* e l'*Housing Ombudsman*. Mentre il PO è competente per tutti gli atti e i comportamenti dei dipartimenti governativi e di numerose altre attività pubbliche, nonché dei gestori privati di pubblici servizi, il LGO si occupa invece dei reclami nei confronti dei casi di *maladministration* all'interno dell'amministrazione locale. Con questa nozione, pur soggetta a diverse interpretazioni, si vuole fare riferimento ad atti e comportamenti caratterizzati da contraddittorietà, irragionevolezza, scarsa trasparenza, disparità di trattamento e negligenza³⁰ che comportino un'ingiustizia per il

²⁸Parliamentary Commissioner Act, 1967, ss. 5-6: "*Complaints are made through Members of the Westminster Parliament and may be made by any member of the public, including a corporation*".

²⁹I rapporti del PO sono pubblicati online in («PHSO Publications» (*Parliamentary and Health Service Ombudsman (PHSO)*) <<http://www.ombudsman.org.uk/publications>> consultato 24 gennaio 2023)

³⁰QB 287: Richard Crossman: "bias, neglect, inattention, delay, incompetence, ineptitu-

cittadino e nei confronti dei quali non sia possibile ricorrere né alle corti, né ai *tribunals* per l'onerosità in termini economici e di tempo o, ancora più semplicemente, per l'assenza di una violazione di legge. Il percorso prospettato al cittadino si struttura quindi in maniera più rapida ed immediata rispetto al ricorso giurisdizionale, in quanto la questione può e vuole essere risolta ad uno stadio precedente, affiancando alla pretesa del cittadino l'indagine, l'accertamento e quindi le raccomandazioni di un soggetto autorevole che possa spingere l'amministrazione a rivedere il suo comportamento. L'esito dell'indagine è una formale *recommendation* rivolta all'amministrazione che consiste in un invito a porre riparo al motivo di doglianza o alla disfunzionalità procedurale. Di fatto, il semplice invito fatto dal PO all'amministrazione di riesaminare l'istanza del cittadino è spesso sufficiente per trovare una soluzione soddisfacente per il medesimo.

Prima di ricorrere al PO, il privato deve innanzitutto rivolgersi all'amministrazione per richiedere la revisione della decisione o del provvedimento che reputa lesivo nei suoi confronti. Chiamato principalmente a sindacare i casi di *maladministration*, sempre su istanza del cittadino e non d'ufficio, l'ombudsman è un soggetto chiamato a stimolare la pubblica amministrazione verso un continuo miglioramento e gode di un significativo potere discrezionale relativamente all'introduzione, allo svolgimento e alla chiusura dell'indagine. Tuttavia, le sue decisioni non sono vincolanti: qualora al termine dell'indagine dovesse effettivamente riscontrare un caso di *maladministration*, l'ombudsman non ha alcun potere per costringere

de, arbitrariness and so on". Cfr. («Regina v Local Commissioner for Administration for the North and East Area of England Ex Parte Bradford Metropolitan City Council: CA 1979, QB 287» (*swarb.co.uk*, 16 giugno 2022) <<https://tinyurl.com/44swkwxm>> consultato 24 gennaio 2023).

la pubblica amministrazione a rivedere la sua decisione o correggere il suo comportamento. La stessa amministrazione potrebbe infatti disattendere le indicazioni contenute nel report del PO, ad esempio rifiutandosi di pagare il risarcimento stabilito dal PO quale mezzo di risoluzione della controversia. In tal caso il PO ha, come unica soluzione, la possibilità di presentare uno *special report* al *Select Committee*, denunciando il caso di *maladministration* e il successivo comportamento della pubblica amministrazione. Di fatto comunque, il semplice invito fatto dall'ombudsman all'amministrazione di esaminare le doglianze del cittadino è spesso sufficiente per trovare una soluzione soddisfacente per quest'ultimo, in quanto l'autorevolezza e il buon senso delle sue misure portano le pubbliche amministrazioni ad adeguarvisi, pur non essendovi formalmente costrette.

4.4 Il Local Government Ombudsman (LGO)

La *Commission for Local Administration*, normalmente conosciuta come *Local Government and Social Care Ombudsman* (LGO), è stata istituita con il *Local Government Act* del 1974 ed è un organo indipendente, la cui costituzione è basata su sovvenzione annuale del Governo. L'ombudsman è nominato dalla Corona su raccomandazione del Segretario di Stato; in seguito al *Local Government and Public Involvement in Health Act* del 2007, il LGO è ora nominato per un periodo massimo di sette anni e può essere rimosso dall'ufficio dietro sua richiesta oppure per incapacità o a causa di comportamenti scorretti. Il LGO ha sedi a Londra, York e Coventry. Il *Local Government Act* del 1974 originariamente richiedeva di dividere il territorio inglese in aree di competenza, ciascuna con separata giurisdizione per

i ricorsi relativi a *maladministration*, ma l'atto del 2007 ha introdotto maggior flessibilità a riguardo e le materie oggetto di indagine possono essere classificate come appare più appropriato e assegnate ad uno o più *commissioners*. Le stesse funzioni del LGO inglese sono svolte dal *Public Services Ombudsman* in Galles, dallo *Scottish Public Services Ombudsman* in Scozia e dal *Northern Ireland Ombudsman* in Irlanda del Nord.

I vari tipi di pubblica autorità la cui attività può essere oggetto di indagine sono elencati sul sito web del LGO che fornisce anche le istruzioni su come inoltrare il ricorso³¹. Tale ricorso può essere proposto dal cittadino a seguito di ingiustizia subita, conseguente a *maladministration* o disservizi (*service failures*), e connessa all'azione o all'inazione dell'autorità o di chi opera per conto della stessa. L'obiettivo del LGO è quello di giungere ad un'indagine completa entro ventisei settimane, ma ci sono materie di cui il LGO non si può occupare e problematiche che non può seguire. Ciò accade ad esempio quando sono trascorsi più di dodici mesi dal verificarsi di un evento o dall'emissione di un provvedimento, quando la questione non concerne il ricorrente personalmente o quando questi non ha effettivamente subito un'ingiustizia, quando ha avuto o ha diritto di appello o di intraprendere un'azione legale e il LGO ritiene che sia ragionevole che proceda in tal senso e, infine, qualora la vertenza riguardi questioni personali quali il rapporto di lavoro e i relativi provvedimenti disciplinari. Come regola generale, l'Ombudsman prenderà in considerazione solo le istanze concernenti eventi o circostanze verificatisi non oltre i dodici mesi dalla data in cui il ricorrente ne è venuto a conoscenza. Inoltre, lo stesso ricorrente dovrà prima

³¹Cfr. («Challenging our decisions» (*Local Government and Social Care - Ombudsman*) <<https://tinyurl.com/4ez42xd9>> consultato 24 gennaio 2023)

aver espletato la “*council’s own complaints procedure*” di cui non sarà necessario che egli abbia esaurito tutti gli stadi, ma perlomeno dovrà concedere al consiglio un termine ragionevole per l’esame della domanda, consistente normalmente in dodici settimane dalla presentazione del ricorso³².

Laddove il LGO accerti che effettivamente la sfera giuridica del ricorrente sia stata lesa da malfunzionamenti e disservizi dell’amministrazione, potrà rivolgere raccomandazioni a quest’ultima al fine di porgergli delle scuse, di sollecitare la fornitura del bene/servizio a cui il ricorrente aveva diritto, di emettere il provvedimento precedentemente richiesto, di rivedere una decisione sulla quale inizialmente l’amministrazione si era soffermata solo superficialmente e di effettuare un pagamento. Le decisioni del LGO sono pubblicate in forma anonima dopo tre mesi, a meno che egli decida che non sia nell’interesse del ricorrente procedere in tal modo. In alcuni casi, l’Ombudsman può redigere un *Public interest report* per rendere noto al pubblico il verificarsi di una particolare casistica, ma, in questo rapporto, non verranno comunque rese note le generalità del ricorrente.

La sezione n. 92 del *Local Government Act 2000* ha attribuito alle autorità locali la facoltà di risarcire o erogare altri benefit ai privati afflitti da casi di *maladministration*, indipendentemente dal fatto che il LGO sia stato o meno chiamato in causa³³.

Avverso le raccomandazioni del LGO, non sussiste diritto di appello. Come il *Parliamentary Ombudsman*, il LGO è un organismo istituito dalla legge, indipendente sia dal Parlamento, sia dal Governo. Sebbene di istituzione pubblica, non risponde delle sue decisioni né al Segretario di Stato,

³²Cfr. (Mark Sandford, «The Local Government Ombudsman» 13).

³³Local Government Act 2000, section 92.

né al Parlamento, così come non è possibile rivolgersi ad altro ombudsman o altro ente per la revisione della sua valutazione qualora il LGO non abbia ravvisato colpe o mancanze nell'azione o inazione dell'amministrazione locale. Egli procederà ad una revisione della sua decisione solo al verificarsi di particolari circostanze, ad esempio qualora emergano importanti testimonianze circa il verificarsi di fatti precedentemente non accertati, oppure siano acquisite nuove informazioni rilevanti ai fini della determinazione del contenuto della decisione³⁴.

E' possibile adire le vie giudiziarie contro la decisione di un LGO, ma non sussiste un diritto automatico alla *Judicial review*: chi agisce deve prima ottenere l'autorizzazione a procedere dalla *High Court*, la quale comunque non si pronuncerà nel merito del caso, ma solo sulla legittimità di quanto stabilito dal LGO.

4.5 La corretta gestione delle rimostranze (*Principles of good complaint handling*)

La gestione dei ricorsi indirizzati al *Parliamentary Ombudsman* e al *Health Service Ombudsman* si basa su alcuni principi che possono essere identificati nella categoria generale dei "*Principles of good complaint handling*"³⁵. La corretta gestione delle rimostranze rileva infatti quale modalità fondamentale per assicurare ai beneficiari il bene/servizio oggetto della lo-

³⁴Cfr. («Challenging our decisions» (n 109))

³⁵Cfr. («Principles of Good Complaint Handling» (*Parliamentary and Health Service Ombudsman (PHSO)*) <<http://www.ombudsman.org.uk/about-us/our-principles/principles-good-complaint-handling>> consultato 24 gennaio 2023)

ro pretesa, qualora ne abbiano diritto, e ciò in base alla regola generale secondo cui ognuno ha diritto di ricevere una buona prestazione dagli enti che erogano un pubblico servizio, cui consegue il diritto ad ottenere i giusti rimedi laddove si verificano disservizi e malfunzionamenti. Occorre tenere presente inoltre che, nel momento in cui le lamentele e i ricorsi sono gestiti con rapidità ed efficacia, possono costituire un'opportunità di miglioramento per gli stessi enti pubblici, con riguardo alla loro reputazione e alle loro prestazioni, poiché, dalla trattazione delle varie casistiche, essi possono trarre insegnamenti e nuove conoscenze che portano alla riduzione delle rimostranze in futuro.

In ossequio ai principi di buona gestione, l'attività della pubblica amministrazione deve essere dunque improntata al rispetto di sei condizioni che si possono riassumere come di seguito:

- 1) approccio adeguato ad ogni vicenda (*getting it right*);
- 2) orientamento verso le esigenze dei vari utenti (*being customer focused*);
- 3) disponibilità e affidabilità (*being open and accountable*);
- 4) svolgimento di un'attività equa e ponderata (*acting fairly and proportionately*);
- 5) proposta delle soluzioni più idonee (*putting things right*);
- 6) costante ricerca del miglioramento (*seeking continuous improvement*).

Per quanto riguarda l'approccio adeguato di cui al punto 1), l'amministrazione deve agire in conformità alle norme di legge e a quanto stabilito nei regolamenti relativi alle procedure di erogazione dei vari servizi e

sempre nel rispetto dei diritti di coloro che vi sono coinvolti. La corretta gestione dei reclami deve essere parte integrante dei servizi offerti al pubblico e il personale che presta la sua opera deve essere abilitato e attrezzato in modo da poter fornire prontamente le risposte più adeguate qualora si verificassero malfunzionamenti. La stessa amministrazione deve poi informare chiaramente i ricorrenti circa i tempi di risposta o di adozione del provvedimento finale e, una volta giunti a questo stadio, gli stessi devono essere indirizzati verso il passo successivo da compiere in caso di risposta non soddisfacente, anche nel caso in cui sia per essi necessario ricorrere a strumenti di appello alternativi.

Secondo quanto previsto al punto 2) sul *“being customer focused”*, l'amministrazione deve assicurare che i procedimenti si svolgano in modo semplice, chiaro e nel più breve tempo possibile e che le disposizioni che regolano la gestione dei ricorsi siano facilmente accessibili. Gli utenti devono poi essere messi a conoscenza dei mezzi di supporto a loro disposizione qualora considerino di presentare ricorso³⁶; il linguaggio utilizzato deve essere di facile comprensione e le comunicazioni fra l'autorità amministrativa e il ricorrente devono svolgersi in maniera adeguata rispetto alle condizioni in cui si trova quest'ultimo, ad esempio se non è di madrelingua inglese o se ha bisogni speciali. Nel caso in cui la rimostranza sia riferita a provvedimenti emanati da più amministrazioni, se una di queste non può rispondere, deve poter informare tempestivamente su quali possano essere le vie alternative di accesso alla tutela.

In base al punto 3), l'amministrazione deve informare accuratamen-

³⁶La *Community Legal Advice* offre consulenza legale generale e L'*Independent Complaints Advocacy Service* (ICAS) offre assistenza legale per i ricorrenti verso il *National Health Service* (NHS).

te e chiaramente circa la portata dei ricorsi che può prendere in considerazione, sulle aspettative che i ricorrenti possono avere durante lo svolgimento delle procedure, sulle tempistiche e sugli esiti delle stesse ed essere disponibile a rendere conto delle proprie azioni e decisioni. Deve inoltre poter fornire una documentazione affidabile e idonea ad essere utilizzata per dimostrare l'attività svolta: tale documentazione deve ricomprendere le prove considerate e le motivazioni che hanno portato alla decisione finale dell'autorità che potranno essere utilizzate ai fini del ricorso, oppure per consentire all'Ombudsman di istruire la pratica qualora si rendesse necessario il suo intervento. Infine, se lo svolgimento dell'attività amministrativa deve svolgersi all'insegna della trasparenza, allo stesso tempo durante le stesse procedure occorre garantire il rispetto della privacy delle persone coinvolte e la riservatezza delle informazioni confidenziali che le riguardano.

Nel rispetto del *“acting fairly and proportionately”* del punto 4, l'amministrazione deve comprendere e rispettare le differenze tra i vari utenti e assicurare l'accesso ai servizi in maniera equa ed imparziale, così come deve esaminare approfonditamente i reclami, basando le sue valutazioni sui fatti e sulle prove oggettivamente disponibili, evitando indebiti ritardi e rigide condotte prestabilite nella gestione dei ricorsi. Ciò significa garantire una risposta adeguata alle circostanze del singolo caso e tenere nella giusta considerazione la gravità delle questioni sollevate, gli effetti derivanti nella posizione del ricorrente e la possibilità che altri soggetti abbiano subito pregiudizi all'esito dell'adozione dello stesso provvedimento. L'azione dell'amministrazione deve però essere svolta in modo equo anche nei confronti del personale che vi presta servizio, il quale deve venire a conoscenza del fatto che le sue prestazioni sono state oggetto di reclamo per garantirgli

così la possibilità di giustificarsi.

Nel momento in cui da parte dell'amministrazione non vi è stato un approccio adeguato nella gestione della singola richiesta, occorre "sistemare le cose", ovvero, secondo il punto 5), "*put things right*". Questo implica, nei limiti del possibile, il ripristino della posizione di coloro che hanno subito un pregiudizio dall'emanazione di un provvedimento illegittimo o un disservizio da parte dell'amministrazione stessa, così che torni ad essere quella che era prima che tale pregiudizio o disservizio si verificassero. Qualora questo non sia più possibile, occorre corrispondere un risarcimento per equivalente. In molti casi, porgere le scuse e fornire una sollecita spiegazione è la risposta appropriata e idonea a prevenire l'aggravarsi di un conflitto.

Infine, in coerenza con il punto 6) "*seeking continuous improvement*", la corretta gestione delle rimostranze non deve limitarsi ad offrire un rimedio al singolo ricorso, ma l'amministrazione deve fare proprio ogni contributo che possa derivare dal comportamento del ricorrente ai fini del miglioramento del servizio fornito agli utenti. E' buona prassi infatti che essa riferisca pubblicamente sulla gestione dei reclami, includendo indagini statistiche sul loro numero e sul loro esito dopo la trattazione: questo perché il resoconto sui vari tipi di ricorso e lamentele può agevolare il raggiungimento dell'obiettivo di una migliore offerta dei servizi richiesti, attraverso l'individuazione di esigenze comuni nelle istanze presentate che permettono di implementare modelli di risposta idonei a soddisfare interessi non solo individuali, ma di un maggior numero di soggetti che potrebbero essere coinvolti nell'adozione dei vari provvedimenti, così da accrescere la fiducia

del pubblico in generale verso l'attività dell'autorità amministrativa.

Capitolo 5

Il sistema spagnolo

5.1 L'evoluzione dell'organizzazione della giustizia amministrativa

Il sistema di giustizia amministrativa è stato introdotto in Spagna nel 1845, sulla base del modello francese di giustizia “ritenuta”, esercitata da organi amministrativi quali i consigli provinciali e la sezione speciale contenziosa del Consiglio regio, poi divenuto Consiglio di Stato. Con la legge Santamaria de Paredes del 1888 si determina il passaggio dal sistema di giustizia “ritenuta” al sistema di giustizia “delegata”, indipendente dall'esecutivo; la giustizia amministrativa viene attribuita ai tribunali provinciali e al tribunale amministrativo, costituito ora nel Consiglio di Stato. Con la riforma del 1904, il tribunale amministrativo passa al tribunale supremo, nella cui composizione dominano i cinque membri di provenienza giudiziaria, a fronte di tre membri scelti fra i funzionari dell'alta amministrazione.

I tribunali provinciali conoscono dei ricorsi contro i provvedimenti dell'amministrazione comunale e provinciale, mentre il tribunale amministrativo è competente sia per gli appelli delle sentenze di prima istanza, sia in unica istanza nei giudizi contro l'amministrazione dello Stato. Nel diritto spagnolo, malgrado l'importazione dalla Francia del sistema di giustizia amministrativa, non ha mai trovato applicazione la distinzione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa e concretamente, ai fini della tutela, non si è resa necessaria la distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo. Fino alla Costituzione del 1978, tali situazioni, riferite a controversie con la pubblica amministrazione, davano luogo a un diverso grado di legittimazione, ma sempre innanzi ai tribunali amministrativi: erano eccezionali i casi di competenza della giustizia ordinaria che si aveva quando la legge stabiliva la sottomissione dell'autorità amministrativa al diritto privato, ad esempio per i contratti da essa stipulati in ambito privato o nei contratti di lavoro dei pubblici dipendenti.

Con il movimento di riforma degli anni '50 del Novecento, conseguenza dei tentativi del franchismo di raggiungere l'appoggio delle grandi potenze mondiali, si modifica anche la legge relativa alla giustizia amministrativa. Con la "*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*" (LJCA) del 27 dicembre 1956, la giustizia amministrativa diviene definitivamente una giustizia giudiziaria e specializzata nel controllo giuridico delle pubbliche amministrazioni, nel cui ambito i giudici operano con le medesime attribuzioni che spettano ai giudici in materia civile, del lavoro e penale. La LJCA costituisce nelle udienze territoriali, corrispondenti a tribunali per le varie province, una sala del contenzioso amministrativo che si compone di tre giudici, uno dei quali specializzato in diritto amministrativo. Le udien-

ze territoriali conoscono della legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione locale e dell'amministrazione periferica dello Stato. Nel tribunale supremo si creano le sale del contenzioso-amministrativo (terza, quarta e quinta), composte da giudici la cui provenienza determina l'identificazione di tre gruppi: un terzo dei componenti provengono dalla carriera giudiziaria ordinaria, un terzo è designato tra i magistrati specializzati in diritto amministrativo e l'ultimo terzo fra giuristi di meriti rilevanti. Le sale del tribunale supremo svolgono la loro competenza in unica istanza contro i provvedimenti dell'amministrazione dello Stato, a eccezione dell'amministrazione periferica e in appello contro le sentenze delle udienze territoriali. Se al momento dell'approvazione della legge del 1956 il numero di cause devolute alla giustizia amministrativa era relativamente basso, negli anni '70, si assiste a una saturazione: soprattutto per quanto riguarda il tribunale supremo, i ritardi nella gestione delle controversie diventano cronici e in costante incremento. Le riforme saranno quindi d'ora in poi indirizzate a contenere tale saturazione con l'ampliamento delle competenze delle udienze territoriali relative ai provvedimenti dell'amministrazione dello Stato, la creazione dell'udienza nazionale, la soppressione dell'appello contro le sentenze delle udienze territoriali e dell'udienza nazionale, in modo tale che il tribunale supremo divenga così una corte di cassazione.

5.2 La legge riformatrice n. 29/1998

La nuova *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA) n. 29 del 13 luglio 1998 ha introdotto importanti riforme nell'organizzazione della giustizia amministrativa. Il sistema spagnolo risulta ora strutturato

sostanzialmente in tre gradi di giudizio ed ha alla sua base organi monocratici quali i giudici provinciali e i giudici centrali, costituiti da magistrati della carriera giudiziaria ordinaria. Le principali attribuzioni dei primi sono riferite alle liti relative all'amministrazione locale, regionale e periferica dello Stato, mentre afferiscono ai giudici centrali principalmente le controversie con l'amministrazione centrale dello Stato in materia di personale. Le udienze territoriali sono state trasformate nei tribunali superiori di giustizia delle comunità autonome che sono organi collegiali costituiti da magistrati professionali. Ogni tribunale ha una sala del contenzioso amministrativo, salvo quello dell'Andalusia che ne ha tre e quelli delle Canarie e di Castiglia-Leone che ne hanno due. Ciascuna sala, a sua volta, può avere una o più sezioni, ad esempio nella sala di Madrid arrivano a un numero di nove. I tribunali superiori di giustizia conoscono delle liti che non sono state conferite agli altri organi della giustizia amministrativa e degli appelli e delle revisioni delle sentenze dei giudici provinciali. Anche l'udienza nazionale è un organo collegiale e la sua sala del contenzioso amministrativo è costituita da otto sezioni. Si occupa delle controversie relative all'amministrazione dello Stato, fatta eccezione per quelle di competenza dei giudici centrali, e conosce degli appelli e della revisione delle sentenze dei giudici centrali. Al momento della sua creazione nel 1977, l'udienza nazionale era stata vista in dottrina come la trasformazione del vecchio tribunale di ordine pubblico del franchismo ma, attualmente, è chiara manifestazione del criterio di parità fra l'organo amministrativo controllato e l'organo giudiziario di controllo. Vi è infine il tribunale supremo, anch'esso organo collegiale, costituito da magistrati scelti sempre attraverso procedure che ne garantiscono l'imparzialità e l'idoneità. La sala terza è quella competente nella

materia contenzioso amministrativa ed è composta da sette sezioni. Le principali attribuzioni si riferiscono, in unica istanza, ai litigi relativi all'attività amministrativa dei più alti livelli dell'amministrazione dello Stato e degli organi costituzionali. La sala terza conosce inoltre della cassazione e della revisione delle sentenze dei tribunali superiori e dell'udienza nazionale.

5.3 La jurisdicción contencioso-administrativa

Con la promulgazione della Costituzione del 1978 viene sancito all'art. 24 il diritto di ogni individuo a ottenere la tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi, senza che in nessun caso possa prodursi una mancanza di difesa. All'art. 117, c. 3, si stabilisce che l'esercizio della potestà giurisdizionale in ogni tipo di processo, giudicando e facendo eseguire il giudicato, spetta esclusivamente ai giudici e ai tribunali determinati dalle leggi, mentre l'art. 118 obbliga a ottemperare alle sentenze e alle altre risoluzioni definitive dei giudici e dei tribunali, così come di prestare la collaborazione richiesta dagli stessi nel corso del processo e nell'esecuzione delle decisioni. E' però all'art. 103, c.1, che si dichiara la piena sottomissione della pubblica amministrazione alla legge e al diritto, cosa che comporta la sottomissione al giudice come strumento inevitabile del diritto¹. La giurisprudenza costituzionale ha presto esteso tutte queste garanzie alla giurisdizione contenzioso-amministrativa e le ha ribadite in seguito in numerose occasioni e oggi, l'art. 103 della LJCA, n. 29/1998 contiene nei suoi primi tre commi la traduzione dei medesimi

¹Cfr. (Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo* (1 ed, Civitas-Revista de Occidente 1974)), 650.

principi costituzionali, attribuendo ai tribunali e i giudici della giurisdizione contenzioso-amministrativa il potere di eseguire le sentenze e le altre risoluzioni giudiziali². In tal modo si chiude normativamente un ciclo storico che vede la sparizione dell'antico privilegio dell'amministrazione di far eseguire le sentenze e ciò costituisce una delle novità più rilevanti introdotte dalla legge processuale amministrativa in vigore.

Il c. 2 dell'art. 103 LJCA impone l'obbligo alle parti di conformarsi a quanto stabilito nella sentenza. Amministrazione e amministrato nel processo contenzioso-amministrativo si trovano in condizioni di parità e tale parità si riverbera anche nel momento dell'esecuzione della sentenza: certamente la posizione singolare dell'amministrazione modulerà gli effetti del processo esecutivo, ma ora è mutata in modo sostanziale, in quanto la stessa non potrà più sottrarsi all'obbligo di ottemperare al contenuto della sentenza così come stabilito dal giudice. Il c. 3 dell'art. 103 LJCA stabilisce che tutti i soggetti, pubblici e privati, debbono prestare la collaborazione richiesta dai giudici e dai tribunali per la completa esecuzione del giudicato, pertanto, l'amministrazione che agisce in funzione di tale dovere di collaborazione non opera nell'ambito delle sue prerogative di autorità amministrativa, ma i suoi atti sono riconducibili al potere del giudice di utilizzare strumentalmente l'amministrazione per l'esercizio della sua funzione giurisdizionale: il ruolo di quest'ultima sarà quindi quello di collaboratore alla realizzazione del dovere imposto dalla legge nell'ambito del processo di esecuzione. Allo stesso tempo, la LJCA prevede la nullità assoluta di tutti gli atti e disposizioni dell'amministrazione che hanno come obiettivo l'elusione del giudicato; nullità che sarà dichiarata dal giudice attraverso un processo incidentale di

²Art. 103, c. 1, LJCA.

esecuzione³.

Ai fini dell'esecuzione della sentenza da parte dell'amministrazione, è stabilito un termine di due mesi, decorso il quale potrà darsi avvio all'esecuzione forzata, ai sensi dell'art. 104, c. 2, LJCA. E' prevista sia l'esecuzione diretta, attraverso i mezzi propri dell'amministrazione, sia indiretta, richiedendo l'intervento di altre autorità o agenti pubblici, il cui costo sarà a carico della stessa amministrazione condannata. Vi è una procedura di esecuzione più agile e rapida delle sentenze che condannino l'amministrazione al pagamento di una somma in denaro e, qualora si renda necessaria una modifica dell'importo, la legge concede un termine di tre mesi per provvedere. E' altresì permessa la compensazione dei debiti. Riguardo ai mezzi esecutivi, la legge non prevede alcuna distinzione a seconda del tipo di pretesa esercitata, sia che si riferisca al mero annullamento di un provvedimento, al ripristino della situazione giuridica iniziale, all'inerzia dell'amministrazione o contro le vie di fatto ad essa imputabili. Tutte queste pretese possono essere fatte valere allo stesso modo ai fini dell'esecuzione coattiva in presenza di apposita sentenza del giudice competente.

A grandi linee, potremmo così riassumere il sistema di esecuzione delle sentenze implementato dalla LJCA n. 29/1998:

- a) una volta pronunciata la sentenza, se ne comunica il dispositivo entro dieci giorni all'amministrazione che ha compiuto l'attività oggetto del ricorso, affinché ne porti a compimento gli effetti e metta in pratica quanto da esso stabilito. Dal canto suo l'amministrazione, entro

³Art. 109, c. 1, LJCA. *L'Incidente de ejecución* è il processo incidentale di trattazione di tutte le questioni che, senza contraddire il contenuto della sentenza, sorgono e sono correlate all'esecuzione della medesima.

un ulteriore termine di dieci giorni, dovrà confermarne la ricezione e indicare l'organo che vi dovrà ottemperare⁴;

- b) qualora siano decorsi due mesi dalla notifica della sentenza o dal termine fissato per la sua esecuzione, le parti coinvolte e le persone interessate potranno avviarne l'esecuzione forzata⁵;
- c) se la sentenza condanna l'amministrazione a realizzare una data attività o ad adottare un determinato atto o provvedimento, l'organo giudiziario potrà far eseguire la sentenza sia direttamente, sia indirettamente, nel rispetto delle procedure stabilite, e adotterà le misure necessarie affinché il dispositivo in essa contenuto acquisisca l'efficacia dovuta in relazione all'atto o provvedimento omesso dall'amministrazione, determinandone altresì il contenuto in sostituzione di quest'ultima⁶.
- d) decorsi i termini stabiliti per l'esecuzione della sentenza senza che l'amministrazione abbia provveduto, il giudice o l'organo giurisdizionale, sentite le parti, adotta le misure necessarie al conseguimento di quanto stabilito, potendo, con apposito preavviso, imporre il pagamento di una penale di importo variabile da centocinquanta a millecinquecento Euro alle autorità, ai funzionari od agenti che non ottemperino alle prescrizioni. Tale penale, a titolo di sanzione, può essere reiterata fino alla completa esecuzione della sentenza, ferme restando le altre responsabilità patrimoniali che dovessero insorgere⁷.

⁴Art. 104, c. 1, LJCA.

⁵Art. 104, c. 2 e 3, LJCA.

⁶Art. 108, c. 1, LJCA.

⁷Art. 112, LJCA.

5.4 Il *Defensor del Pueblo*

L'art. 54 della Costituzione spagnola prevede, nell'ambito delle garanzie e delle libertà fondamentali di tutti gli individui, la figura del *Defensor del Pueblo* (Difensore del Popolo), una sorta di difensore civico le cui attribuzioni però lo rendono più paragonabile agli ombudsmen britannici. Il *Defensor del Pueblo* è l'Alto Commissario delle *Cortes Generales*, incaricato di difendere i diritti fondamentali e le libertà pubbliche dei cittadini vigilando sull'attività delle pubbliche amministrazioni spagnole. E' eletto dal Congresso dei Deputati e dal Senato, a maggioranza dei tre quinti. Il suo mandato dura cinque anni, è indipendente dagli ordini e dalle istruzioni di qualsiasi altra autorità, svolge le proprie funzioni con imparzialità e autonomia, secondo propri criteri e godendo dell'inviolabilità e dell'immunità nell'esercizio della sua carica. Qualsiasi cittadino può rivolgersi al *Defensor del Pueblo* e richiedere il suo intervento che è gratuito per indagare su qualsiasi presunta azione irregolare della Pubblica Amministrazione o dei suoi agenti. Può anche intervenire d'ufficio nei casi pervenuti alla sua attenzione, anche se non è stata sporta denuncia. Il *Defensor del Pueblo* riferisce della sua gestione alle Cortes Generali in una relazione annuale e può presentare relazioni monografiche su questioni che considera gravi, urgenti o che richiedono una particolare attenzione⁸.

I reclami possono essere presentati individualmente o collettivamente, quando i cittadini ritengono che l'azione di un'amministrazione (centrale, regionale o locale) o di un ente erogatore di pubblico servizio abbia

⁸Cfr. («¿Qué es el Defensor?» (*Defensor del Pueblo*) <<https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/>> consultato 24 gennaio 2023)

violato i loro diritti. I cittadini possono anche chiedere al *Defensor del Pueblo* di presentare ricorso per incostituzionalità e per ricevere tutela dinanzi alla Corte costituzionale. Nel caso in cui il *Defensor del Pueblo* non possa indagare su un ricorso perché non rientrante nella competenza, invia una lettera al cittadino spiegandone i motivi. Quando invece ritiene possibile il suo intervento, fornisce l'assistenza adeguata al caso specifico, monitorando ogni violazione di diritti e può agire d'ufficio, aprendo procedimenti o consultazioni senza indugi. Sebbene egli non possa annullare o modificare gli atti o le deliberazioni delle pubbliche amministrazioni, nel caso in cui accerti che dei diritti fondamentali siano stati violati, la sua missione sarà quella di convincere l'amministrazione ad adottare le misure più idonee per porre rimedio alle violazioni. Qualsiasi individuo o persona giuridica può presentare istanza al *Defensor del Pueblo* gratuitamente, senza la necessità di ricorrere al patrocinio di un legale. La denuncia o richiesta di assistenza può essere presentata via internet tramite l'apposito sito dedicato, per posta ordinaria o di persona, rivolgendosi agli uffici dedicati ai servizi per il cittadino. La stessa denuncia o istanza dovrà essere accuratamente motivata e corredata di qualsiasi documento o prova pertinente alla questione da trattare.

Il *Defensor del Pueblo* non può intervenire nelle controversie tra cittadini e società private, laddove cioè la Pubblica Amministrazione non sia parte in causa, quando sia trascorso più di un anno dal momento in cui si sia venuti a conoscenza dei fatti o delle circostanze oggetto d'esame, in presenza di una denuncia anonima o di un reclamo per il quale non siano specificati i motivi, in caso di accertata malafede nella presentazione dell'istanza, denuncia o reclamo, quando dalla trattazione del ricorso possa

derivare pregiudizio per i diritti di terzi e, infine, in caso di disaccordo con il dispositivo di una sentenza o quando la decisione sulla controversia sia ancora pendente innanzi ad un tribunale⁹.

⁹Cfr. («¿Cómo te podemos ayudar?» (*Defensor del Pueblo*) <<https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/como-te-podemos-ayudar/>> consultato 24 gennaio 2023)

Capitolo 6

Conclusioni

Ancor prima del “giusto processo”, l’art. 1 del nostro c.p.a. enuncia il fondamentale principio secondo il quale “la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. In passato, negli ordinamenti europei, la pubblica amministrazione fondava il proprio *agere* su di una illimitata discrezionalità e questo, spesso, si traduceva in un concreto pregiudizio patito dal privato, considerato unicamente quale mero destinatario dell’azione amministrativa e, come tale, costantemente costretto ad uno stato di soggezione nei confronti del pubblico potere. A partire dagli anni ‘90 però (in Italia con la legge 241/90 sul procedimento amministrativo), il cittadino ha iniziato ad essere considerato non più quale soggetto passivo della discrezionalità amministrativa, ma, al contrario, è divenuto beneficiario di una serie di doveri, ai quali l’*agere publicum* deve ormai costantemente ispirarsi, tra i quali la pubblicità, la trasparenza e l’imparzialità. Questo cambio di rotta rispetto al passato ha portato ad avvertire l’esigenza di delineare un apparato giuri-

dico che fosse sempre più idoneo ad offrire maggiori garanzie a favore del privato leso in un proprio diritto soggettivo o interesse legittimo per effetto dell'azione amministrativa. In questa prospettiva, i vari ordinamenti giuridici hanno messo a punto un più dettagliato ed articolato sistema di tutele sul quale, in qualsiasi momento, il cittadino può fare legittimamente affidamento rispetto agli atti e comportamenti della pubblica amministrazione che gli recano pregiudizio.

In riferimento ad un tema tradizionale come quello della comparazione dei modelli di giurisdizione, questa indagine ha permesso di rilevare il deperimento del modello monistico con prevalenza del giudice ordinario, a vantaggio della prevalenza di organi e procedure specifiche per le questioni amministrative: il caso della Gran Bretagna è l'esempio emblematico di come un ordinamento tipicamente monistico si sia aperto ad una forma di giustizia specializzata che dell'unitarietà della giurisdizione mantiene solo la veste formale. La riforma del 1977, perfezionata poi negli anni successivi con il *Supreme Court Act* del 1981, ha introdotto nel sistema inglese una specifica procedura per i ricorsi avverso la pubblica amministrazione, la *application for judicial review*, improntata a regole assai simili a quelle vigenti negli ordinamenti in cui da tempo esistono particolari forme di tutela giurisdizionale.

Un caso apparentemente opposto a quello inglese è quello della Spagna, ove, partiti da un sistema misto con forti connotazioni dualistiche, si è giunti ad un modello monistico con prevalenza del contenzioso amministrativo. Sono stati infatti creati organi specializzati della *Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (le *Salas de lo Contencioso Administrativo*) con

al vertice la *Sala de Revision* del *Tribunal Supremo*, con giudici dedicati e procedure particolari. Particolare influenza riformatrice ha avuto la nuova Costituzione democratica del 1978, ove l'art. 24 ha ripreso l'articolo omologo della nostra Costituzione, ma con una significativa apertura all'effettività della tutela. Il sistema spagnolo si segnala inoltre per alcune peculiarità di interesse per gli altri ordinamenti vicini. Una di queste è la combinazione del modello dispositivo del processo amministrativo con un rilevante potere riconosciuto al giudice per l'eventuale sottoposizione alle parti di ulteriori profili di legittimità, dalle stesse non rilevati; un'altra peculiarità, almeno rispetto agli altri ordinamenti latini e non per quello britannico che conosce l'istituto del *leave*, è l'istituto della *admission* che consente al giudice di filtrare ricorsi palesemente inammissibili.

Nell'ordinamento tedesco, così come per certi versi in quello francese, emerge la grande importanza attribuita alla prevenzione del rischio di inottemperanza da parte dell'amministrazione. In pratica, si è qui cercato di costruire, attraverso la previsione di incisivi poteri direttivi spendibili dal giudice amministrativo 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 dell'amministrazione. Da ciò si ricava come i meccanismi di coazione indiretta, quali lo *Zwangsgeld* tedesco e l'*astreinte* francese, siano traggurdati come *estremaratio*, deputati a fronteggiare i rischi di volontaria inesecuzione, peraltro del tutto trascurabili. Si delinea dunque un sistema in cui, da un lato, riguardo agli aspetti vincolati del potere in contestazione, vengono anticipa-

te al giudizio di cognizione quelle pronunce ordinatorie (*Verpflichtungsurteil*, *Folgenbeseitigungsurteil* e *pouvoir d'injonction*), proprie del nostro giudizio di ottemperanza, aventi ad oggetto il provvedimento o il comportamento determinato che l'amministrazione è tenuta a rendere, mentre, dall'altro, in ordine al problema di come indurre l'amministrazione a riempire i residui spazi di discrezionalità, ricorre il potere del giudice amministrativo di irrogare delle penali nei confronti della stessa amministrazione inadempiente. Anche in Germania si avverte sempre più stretto il collegamento tra procedimento e processo, con modelli normativi simili di codificazione e sistematicità, tra loro in piena sinergia. L'efficacia del processo amministrativo, anche ai fini della soddisfacente combinazione degli interessi, fa sì che qui i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale non abbiano un particolare peso. Nell'ordinamento francese, prototipo del sistema dualistico di giurisdizione, si avverte l'esigenza di andare oltre la caratterizzazione del giudice amministrativo quale garante della giustizia nell'amministrazione, per assicurare la pienezza della tutela dei singoli avverso la pubblica amministrazione. In Francia, taluni principi, al di là del possibile rilievo costituzionale, sono stati poi consolidati in leggi: ciò è avvenuto con le riforme del 1995 e degli anni successivi in tema di potere generale di ingiunzione, di potere di irrogare sanzioni (*astreinte*) alle amministrazioni inottemperanti e di arricchimento delle misure cautelari, combinati con un penetrante potere inquisitorio che consente al giudice di essere il "signore del processo".

Dalla visione comparativa effettuata si è constatato inoltre lo sviluppo di forme di tutela diverse dalla giurisdizione nei vari ordinamenti. Da una parte, forme di tutela di tipo amministrativo, preliminari alla giurisdizione, nel solco di una tradizione che in passato aveva accomunato anche

l'ordinamento italiano; dall'altra, di carattere alternativo, perché potenzialmente idonee a prevenire o superare il contenzioso giurisdizionale. Questi istituti, ove ben funzionanti, contribuiscono alla deflazione delle controversie giurisdizionali, con procedimenti che si svolgono in modo più rapido e che sono meno onerosi dei processi. Innanzitutto, i ricorsi amministrativi sono presenti e rimangono importanti in tutti gli ordinamenti considerati. Essi si rivelano utili per gli interessati quando non rappresentano semplicemente un necessario presupposto per accedere alla tutela giurisdizionale, ma quando sono trattati da soggetti che si distinguono per formazione e posizione dai funzionari il cui operato è da essi scrutinato: ne costituiscono l'esempio gli *Administrative Tribunals* britannici che sono in posizione indipendente dall'amministrazione esaminata, hanno particolari garanzie operative che fanno parlare di organi *quasi-judicial*, seguono procedure di tipo contenzioso e adottano decisioni vincolanti per le amministrazioni.

Spesso confuso con la tutela amministrativa, ha avuto una grande espansione negli ordinamenti considerati l'istituto del difensore civico, o *Ombudsman*, secondo l'originaria denominazione scandinava. Tale figura che i vari ordinamenti hanno organizzato in modi assai diversi, a seconda della dimensione locale o nazionale, è usualmente preposta alla verifica dei casi di "cattiva amministrazione", ovvero quando non si contesta tanto l'illegittimità dell'azione amministrativa, quanto la sua qualità. Malgrado le sue segnalazioni non abbiano effetto vincolante, difficilmente l'amministrazione si sottrae alla richiesta di intervento del difensore civico, almeno in diretta correlazione con il suo prestigio istituzionale. La connessione con il ricorso amministrativo è impropria, principalmente perché il difensore civico ha posizione indipendente e si pone come censore delle amministrazioni,

senza in alcun modo esserne parte e, in secondo luogo, perché normalmente gli organi decisori dei ricorsi amministrativi hanno il potere di annullare o riformare i provvedimenti impugnati. In comune, vi è il largo spazio per la valutazione del merito del caso, con residuale rilievo dei profili di legittimità. Nei paesi del Nord Europa, in Gran Bretagna e in Spagna dove ha con successo attecchito, il difensore civico riscuote un largo apprezzamento quale completamento della tutela in aree altrimenti non presidiate dalla legalità, mentre non sono chiare le ragioni per le quali in altri ordinamenti, come in Italia, il difensore civico sia poco utilizzato, quasi sempre in relazione a questioni amministrative marginali e con conseguenze poco efficaci. Nel nostro ordinamento ha certamente avuto un ruolo negativo la carenza di un difensore civico nazionale, per paradossale effetto dell'evoluzione autonomista dell'ordinamento repubblicano, ma la debole esperienza sinora avutasi sembra più espressiva della perdurante centralità della cultura del processo che di lacune normative.

Riferimenti

Bartolucci M, «Le pouvoir d'injonction du juge administratif revisité par les circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire du Covid-19» (*Actu-Juridique*, 16 luglio 2020) <<https://tinyurl.com/4sfhd3ux>> consultato 22 gennaio 2023

Bronzetti G, «Per una migliore giustizia amministrativa: spunti comparatistici con particolare riferimento all'ordinamento della Repubblica federale tedesca» [1996] *Informer* 139

Buck TG, «Tribunal reform in the UK: Precedent and reporting in the new unified structure» (2007)

Cane P, «Understanding judicial review and its impact» in Marc Hertogh e Simon Halliday (a c di), *Judicial Review and Bureaucratic Impact* (1^a edn, Cambridge University Press 2004) <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/CBO9780511493782A010/type/book_part> consultato 23 gennaio 2023

Cassese S, *Il privato e il procedimento amministrativo: una analisi della legislazione e della giurisprudenza* (STEM Mucchi 1971)

Cattaneo S, «Agencies e regulation nel Regno Unito» in Silvano Labriola (a c di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano* (Giuffrè 1999)

«Challenging our decisions» (*Local Government and Social Care - Ombudsman*) <<https://tinyurl.com/4ez42xd9>> consultato 24 gennaio 2023

Chapus R, *Droit du contentieux administratif* (13^e éd, Montchrestien-Lextenso éd 2008)

Ciaralli FM, «Il nuovo giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo alle astreintes» (*ItaliAppalti.it*) <<https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=3595>> consultato 22 gennaio 2023

Clarich M, «Il giudizio amministrativo di esecuzione» in Giovanni Paleologo, *Italy e France* (a c di), *I consigli di Stato di Francia e d'Italia* (Giuffrè 1998)

«¿Cómo te podemos ayudar?» (*Defensor del Pueblo*) <<https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/como-te-podemos-ayudar/>> consultato 24 gennaio 2023

«corvée» (*Treccani - Enciclopedia on line*) <<https://www.treccani.it/enciclopedia/corvee>> consultato 22 gennaio 2023

Craig P, «The human rights act, article 6 and procedural rights» [2003] *Public law* 753

D'Alberti M, *Diritto amministrativo comparato: mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale* (Il Mulino 2019)

d'Hellencourt X, «A quoi sert le médiateur de la république ?» (*d'Hellencourt Avocat*, 20 marzo 2015) <<https://tinyurl.com/2wrsatec>> consultato 22 gennaio 2023

de Boulois XD, «Le référé-liberté pour autrui. Une société commerciale au secours du droit à la vie» [2013] *Revue des droits et libertés fondamentaux-RDLF*

De Franchis F, *Dizionario Giuridico. v.1: inglese-Italiano = Law dictionary : English-italian* (Giuffrè 1984)

De Pretis D, *Il processo amministrativo in europa: caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea* (Rotooffset Paganella a c di, Ed provvisoria, 2000) <<https://tinyurl.com/2p8bjs4u>>

«Décision n° 2009-594 DC du 3 décembre 2009 - Communiqué de presse» (*Conseil constitutionnel*) <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2009-594-dc-du-3-decembre-2009-communique-de-presse>> consultato 22 gennaio 2023

Detterbeck S, *Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht* (20 Auflage, CH Beck 2022)

«Différence entre un arrêt et une décision» (*Juri'Predis*) <<https://tinyurl.com/ye22pd59>> consultato 22 gennaio 2023

Dijaux A, «La corvée» (*Chambra d'Òc, Portal Français, 100 mots du trésor FR*) <<http://www.chambradoc.it/traditions/La-corvee.page>> consultato 22 gennaio 2023

Falcon G e Fraenkel C (a c di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco: (VwGO); versione italiana con testo a fronte* (Università degli Studi di Trento 2000)

Forsyth CF, Wade W e Wade W, *Administrative law* (Eleventh edition, Oxford University Press 2014)

Fraenkel-Haeberle C, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa: Germania, Austria, Italia* (Università degli studi di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche 2004)

Fromont M, «L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco L'exécution des décisions du juge administratif en droit français et allemand» [1989] *Problemi di Amministrazione Pubblica* 523

García de Enterría E e Fernández TR, *Curso de derecho administrativo* (1 ed, Civitas-Revista de Occidente 1974)

Goisis F, «La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri»

Hauriou M and others, *Précis de droit administratif et de droit public* (12e éd, Dalloz 2002)

Karpen U, «L'esperienza della Germania» in Domenico Sorace (a c di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea* (Il Mulino 1994)

«L'exécution des décisions du juge administratif» (*Cour administrative d'appel de Paris*) <<https://tinyurl.com/5fr43pw>> consultato 22 gennaio 2023

«L'ordre administratif» (*Ministère de la Justice*) <<https://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-administratif-10034/>> consultato 22 gennaio 2023

Laferrière ELJ, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol 2 (Berger-Levrault et cie 1896)

«Le pouvoir d'injonction et le prononcé d'astreintes pour l'exécution des décisions de justice» (*Sénat*) <<https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>> consultato 22 gennaio 2023

«Les fiches pratiques de la justice administrative» (*Cour administrative d'appel de Paris*) <<https://tinyurl.com/3fw67rwb>> consultato 22 gennaio 2023

«Litige avec l'administration : saisir le Défenseur des droits» (*Service Public*) <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F13158>> consultato 22 gennaio 2023

Mancini L, «La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento (nota a Cons.St., sez.IV, 6 ottobre 2003 n.5820)» (2003) 2 Il Foro amministrativo - CdS 3700

Marchetti B, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato* (CEDAM 2000)

Marshall G, «The Franks Report on Administrative Tribunals and Enquiries» (1957) 35 Public Administration 347 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1957.tb01316.x>> consultato 23 gennaio 2023

Nigro M, «Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)», *Riv. trim. dir. proc. civ* (1974)

Nigro M, Nigro A e Cardì E, *Giustizia amministrativa* (4a ed, Il Mulino 1995)

Pelillo S, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo* (Giuffrè 1990)

«PHSO Publications» (*Parliamentary and Health Service Ombudsman (PHSO)*) <<http://www.ombudsman.org.uk/publications>> consultato 24 gennaio 2023

Pollard T and others, «Template For Writing A Phd Thesis In Markdown» <<https://zenodo.org/record/58490>> consultato 17 luglio 2022

«Pourquoi existe-t-il une justice administrative ?» (*vie-publique.fr*) <<https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites>> consultato 22 gennaio 2023

«Principles of Good Complaint Handling» (*Parliamentary and Health Service Ombudsman (PHSO)*) <<http://www.ombudsman.org.uk/about-us/our-principles/principles-good-complaint-handling>> consultato 24 gennaio 2023

«¿Qué es el Defensor?» (*Defensor del Pueblo*) <<https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/>> consultato 24 gennaio 2023

«Regina v Local Commissioner for Administration for the North and East Area of England Ex Parte Bradford Metropolitan City Council: CA 1979, QB 287» (*swarb.co.uk*, 16 giugno 2022) <<https://tinyurl.com/44swkwxm>> consultato 24 gennaio 2023

Remien O, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich, Vereinheitlichung, Kollisionsre-*

cht (JCB Mohr 1992)

Richardson G e Genn H, «Tribunals in transition: resolution or adjudication?» (2007) 01 PUBLIC LAW 116

Ryssdall R, «Opinion : the coming of age of the European Convention on Human Rights.» [1996] EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 18 <<https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.19961123>>

Sandford M, «The Local Government Ombudsman» 13

Sandulli AM, «L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative», *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario del Consiglio di Stato* (Giuffrè 1983)

Schenke W-R and others, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar* (28, neubearbeitete Auflage, CH Beck 2022)

Schoch F and others, *Verwaltungsrecht - VwGO: Kommentar* (CH Beck 2020)

Secchi F, «L'esecuzione del giudicato amministrativo nell'esperienza italiana e tedesca: le soluzioni al problema dell'inottemperanza» (PhD thesis, University of Trento 2010) <http://eprints-phd.biblio.unitn.it/312/2/Secchi_tesi_dottorato.pdf>

Travi A, *Lezioni di giustizia amministrativa* (14 ed, G Giappichelli 2021)