

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 783939

Anno Accademico 2021-2022

Foreword ...

Abstract

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Vestibulum ante ipsum primis in faucibus orci luctus et ultrices posuere cubilia Curae;

Donec at urna imperdiet, vulputate orci eu, sollicitudin leo. Donec nec dui sagittis, malesuada erat eget, vulputate tellus.

Nam ullamcorper efficitur iaculis. Mauris eu vehicula nibh. In lectus turpis, tempor at felis a, egestas fermentum massa.

Ringraziamenti

Interdum et malesuada fames ac ante ipsum primis in faucibus. Aliquam congue fermentum ante, semper porta nisl consectetur ut. Duis ornare sit amet dui ac faucibus. Phasellus ullamcorper leo vitae arcu ultricies cursus. Duis tristique lacus eget metus bibendum, at dapibus ante malesuada. In dictum nulla nec porta varius.

Donec pharetra arcu vitae euismod tincidunt.

Indice

Abstract	i
Ringraziamenti	ii
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	16
2.1 L'azione di annullamento (<i>Anfechtungsklage</i>) e l'azione di adempimento (<i>Verpflichtungsklage</i>)	16
2.2 Il contenzioso ingiuntivo: la c.d. " <i>Verpflichtungsklage</i> "	20
2.3 L'applicazione generalizzata della tutela cautelare	22
2.4 Le misure coercitive: lo <i>Zwangsgeld</i> (§ 172 <i>VwGO</i>)	23
2.5 I mezzi di tutela esperibili dalle parti	28
2.6 Il rapporto fra lo <i>Zwangsgeld</i> ed il risarcimento del danno da giudicato	30
3 La giustizia amministrativa francese	32
3.1 La genesi del <i>droit administratif</i>	32

3.2	Dalla giustizia “ritenuta” alla giustizia delegata: il <i>Conseil d’Etat</i>	34
3.3	Il <i>pouvoir d’Injonction</i> del giudice amministrativo	38
3.4	L’esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo . . .	40
3.5	L’ <i>astreinte</i>	44
3.6	Gli strumenti di prevenzione dell’inottemperanza della Pub- blica Amministrazione	48
4	La giustizia amministrativa nel Regno Unito	49
5	Il sistema spagnolo	50
6	Conclusioni	52
6.1	Riepilogo	52
6.2	Approfondimenti	52
	Appendice 1: Extra-A	54
	Riferimenti	55

Abbreviazioni

c.p.a.	codice della pubblica amministrazione
P. A.	Pubblica Amministrazione

Capitolo 1

La giustizia amministrativa in Italia

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 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.¹, nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali

¹Termine francese, utilizzato sia in Francia che in Italia, che significa *corrocare*, 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. *Portal Français, 100 mots du trésor FR - la corvée* di Agnes Dijaux. 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. *Treccani.it*, Enciclopedia, dizionario di storia (2010).

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 giudicato del tribunale civile, ma tale obbligo rimaneva incoercibile, in quanto non accompagnato da un meccanismo volto a garantirne l'effettiva osservanza².

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 dovere 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

²Cfr. il decreto 16 agosto 1790 sull'ordinamento giudiziario, in ALDO TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 8, 9: "Le funzioni giurisdizionali sono distinte e rimangono sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non 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".

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 ad 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 sentenza³. 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 ed incompleta" e, come tale, suscettibile di essere chiarita nel contesto del giudizio di ottemperanza⁴. Sempre riguardo alla natura del rito ed alla compenetrazione 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 costi-*

³ALDO TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 9.

⁴M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1933, 13 ss.

tuire 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”⁵. 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 giudicato⁶. 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 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

⁵ALDO TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 11.

⁶Cfr. <https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-et-specificites>

che ha emesso la sentenza da eseguire⁷.

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 ed immutabile*", perché altrimenti verrebbe frustrato l'esito pratico di un eventuale appello contro la sentenza⁸. 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 esecutive⁹, 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 per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato del giudice ordinario e dei giudici

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. <https://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-administratif-10034/>

⁸Cfr. "*juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution*", *Décision du Conseil constitutionnel* n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, § 3, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9decembre%202009%2C%20par,portant%20diverses%20>

⁹Cfr. art. L. 8-3 del *code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* in <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>

speciali avanti ai quali non sia previsto un giudizio di ottemperanza, nonché per l'esecuzione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili. 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'amministrazione 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'ottemperanza¹⁰.

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'*astreinte*, dove i sistemi sono improntati, in punto di esecuzione della sentenza, ad 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 designando l'amministrazione o il tribunale chiamato ad eseguire la sua decisione e “consacrando così una possibile sostituzione del potere giudiziario all'amministrazione attiva (...) sul fronte dell'esecuzione”¹¹.

¹⁰Cfr. art. L. 8-4 del *code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* in <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>

¹¹Cfr. Dupre de Boulois X, « *Le référé-liberté pour autrui* », AJDA 2013, p. 2137

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

Il giudice può adottare direttamente i provvedimenti necessari ad 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 ad 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 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 ed amministrativa¹². 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”*¹³. 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'ottemperanza¹⁴. 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 attuazione¹⁵. L'ampiezza dei poteri commissariali dipenderà dal contenuto del giudicato inadempito: essi potranno estrinsecarsi, a seconda delle situazioni dedotte in giudizio, in attività sia vincolata, come ad esempio la restituzione di beni illegittimamente espropriati, sia discrezionale, quindi

¹²Cfr. <https://www.actu-juridique.fr/administratif/le-pouvoir-dinjonction-du-juge-administratif-revisite-par-les-circonstances-exceptionnelles-de-la-crise-sanitaire-du-covid-19/>

¹³Cfr. *Qu'est-ce que l'exécution des décisions?* in *L'exécution des décisions du Juge administratif* <http://paris.cour-administrative-appel.fr/Demarches-procedures/Les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative>

¹⁴Tradotto letteralmente come procedura di costrizione al pagamento, anche chiamata procedura di pagamento forzato.

¹⁵Cfr. *Comment faire exécuter les décisions rendues par le juge administratif?* in *L'exécution des décisions du juge administratif* <http://paris.cour-administrative-appel.fr/Demarches-procedures/Les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative>

comportante un potere di scelta¹⁶. 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 sostituita¹⁷. Da tempo, sia in dottrina che in giurisprudenza, si dibatte sulla questione riguardante la misura del potere di adempiere che conserverebbe l'amministrazione, una volta che sia stato nominato il commissario o sia scaduto il nuovo termine imposto alla stessa amministrazione. La giurisprudenza ritiene, per lo più, che l'amministrazione verrebbe privata del suo potere nel momento in cui viene assunta direttamente dal giudice la decisione contenente il provvedimento concreto reso in ottemperanza al giudicato, ovvero in quello in cui viene nominato il commissario¹⁸. Ove invece venga fissato all'amministrazione un termine per adempiere, questo assume carattere perentorio, risultando evidente nel caso in cui la prefissione del termine sia accompagnata dalla nomina del commissario, poiché, una volta scaduto il termine, il potere provvedimentale si trasferirebbe in automatico a tale soggetto, ancorché il contenuto degli atti, eventualmente adottati dall'amministrazione dopo tale scadenza e soddisfatti del giudicato, potrebbe essere conferma-

¹⁶Cfr. *Comment se déroule l'examen de ma demande d'exécution?* in *L'exécution des décisions du juge administratif* <http://paris.cour-administrative-appel.fr/Demarches-procedures/Les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative>

¹⁷Cfr. *Que faire lorsque l'Administration n'exécute pas le jugement d'un tribunal administratif ou l'arrêt d'une cour d'appel?* in <http://paris.tribunal-administratif.fr/Demarches-procedures/L-execution-des-decisions-du-juge-administratif>

¹⁸Osserva D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit., 84, che 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.

to dal giudice dell'ottemperanza, il quale in tal modo avvalorerebbe una legittimazione a provvedere tardivamente in capo all'amministrazione¹⁹.

Molti dei casi di 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 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'ottemperanza²⁰.

¹⁹La prima applicazione *ex officio* di un'*astreinte* si deve a CE 28 maggio 2001 (*Bandesapt*), in *Rec. Lebon* 251, nonché in *DA* 2001, n. 176, con la quale lo Stato veniva condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria di 10.000 franchi al giorno, per la mancata ottemperanza da parte del governo francese all'obbligo di emanare un regolamento come risultante da un decreto del 30 dicembre 1998.

²⁰Come da definizione data da FRANCESCO M. CARALLI, nell'articolo *Il nuovo giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo alle astreintes*, in *Italiappalti.it*, 2017, 4.

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, cagionata dall'illecito ritardo nella conformazione al giudicato ²¹. 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 immedia-

²¹FRANCESCO M. CARALLI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo alle astreintes*, in Italiappalti.it, 2017, 11.

tamente 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 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 ottem-

peranza. 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 annullamento²², 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 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 cognizione²³. 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 na-

²²Il 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.

²³Cfr. Cons. 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.

scente 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 stessa 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 danno²⁴. 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 semipieno o strumentale*²⁵. Sul piano dell'accertamento e della prova, se nel giudizio avente ad oggetto il pregiudizio conseguente al provvedimento amministrativo illegittimo il privato deve provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, in quello avente ad oggetto il danno da violazione del giudicato opera, invece, il principio dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. nella misura in cui viene posta a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile. Ne consegue che l'interessato deve dimostrare esclusivamente il suo diritto e la sussistenza di un giudicato di accoglimento, mentre spetterà all'amministrazione la prova di avervi ottemperato.

²⁴Cons. St., sez. V, 27 maggio 1991, n. 874, *cit.*, nota 73, 3723.

²⁵L. MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *cit.*, 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 o 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 o 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 singolo la facoltà di pretendere dall'amministrazione una prestazione positiva*

¹M. FROMONT, *L'esecuzione delle decisioni del giudice amministrativo nel diritto francese e tedesco*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 3, 1989, 523.

²G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000.

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 decisum. 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 tribunale, ai sensi del § 93 secondo alinea VwGO, di ordinare in ogni caso che le rispettive domande vengano trattate

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

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 decisione⁶. 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 tribunale⁷. In definitiva, l'amministrazione che si trovi a dover eseguire la sentenza di annullamento e, quindi, a ripristinare la situazione esistente

⁴P. BECKER, H. KUNI, *Probleme des verwaltungsgerichtlichen Vergabeverfahrens für Studienplätze in der Humanmedizin*, in *DVBl* 1976, 863.

⁵VGH Kassel, 11.11.1993, in *NVwZ*, 1995, 301; F. O. KOPP, W. R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit. sub. § 113, n. 91.

⁶§ 113/2, secondo alinea VwGO.

⁷F. O. KOPP, W. R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., sub § 113, n. 87.

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 omesso⁸. 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, anche un contenuto annullatorio, dal momento che l'eventuale sentenza

⁸Il § 113/5 VwGO, così come tradotto da G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale*, cit., 94, 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.

di accoglimento ne comporterà l'eliminazione⁹, 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 questione¹⁰. 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-

⁹Rileva D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa, cit.*, 121 come in questo caso oggetto del giudizio non è, se non in un secondo momento, il provvedimento di espresso diniego di quanto richiesto dal privato, ma, in primo luogo, il provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto assumere per soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente, per cui è tale ultimo atto che l'amministrazione sarà tenuta ad adottare a seguito dell'eventuale sentenza di accoglimento della *Verpflichtungsklage*.

¹⁰§ 113/5 VwGO. Si parla in questo caso di *Bescheidungsurteil*.

sione, ottenendo così una maggior “presa” sul successivo comportamento¹¹. 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 pro-

¹¹G. FALCON, *Per una migliore giustizia amministrativa*, cit., 151.

posizione dell'impugnativa in sede giurisdizionale, della proposizione del ricorso amministrativo previo che costituisce condizione di ammissibilità della *Anfechtungsklage* ai sensi del § 68 VwGO¹². 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 annullamento¹³. 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 ad evitare quelle modificazioni irreparabili che potrebbero *medio tempore* investire la situazione di fatto, rendendo alla fine una sentenza favorevole, vantaggiosa sulla carta, ma nella sostanza inutile.

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

¹²BVerwG, 21.06.1961, in *BVerwGE* 13, 5.

¹³B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa*, cit., 46.

giudice dell'esecuzione (§ 167), i titoli esecutivi (§ 168), l'esecuzione a favore della mano pubblica (§ 169), l'esecuzione contro la mano pubblica (§§ 170 e 172), nonché i casi in cui non è necessaria la formula esecutiva (§ 171). 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 giurisdizionale¹⁴. 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 ed avrebbe leso la sua immagine, mettendone in discussione l'onore¹⁵. 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 ad esecuzione d'ufficio. L'ammenda può essere ripetutamente comminata, applicata e portata ad esecuzione”*¹⁶. 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),

¹⁴Sul 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.

¹⁵ “L'Etat toujours doit être réputé honnête homme”, E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris et Nancy 1896, I, 347 ss.

¹⁶G. FALCON, C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo*, cit., § 172, 138.

ovvero di adempimento dell'obbligo di emettere un certo atto o di provvedere nel rispetto della concezione giuridica del tribunale (§ 113/5 VwGO) o, infine, il rilascio di un provvedimento 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 inottemperante¹⁷.

La limitazione della procedura esecutiva nei confronti della pubblica amministrazione ad 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 ed 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 ad esecuzione laddove il destinatario abbia nel frattempo adempiuto. Lo

¹⁷W. BANK, *Zwangsvollstreckung gegen Behörde*, cit., 62.

scopo precipuo dello *Zwangsgeld* è quello di determinare il debitore all'adempimento di un obbligo, attraverso la pressione mediata esercitata sul destinatario 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 coercibili¹⁸. 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

¹⁸O. R. REMIEN, *Zwangsgeld*, cit., 11, 12.

determinando una penale nell'ammontare massimo di Euro diecimila, per il caso di persistente inottemperanza, anche oltre la scadenza del termine predetto. 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 sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento¹⁹. 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 stessa²⁰. 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 possano 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

¹⁹R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-AßMANN, R. PIETZNER, *VwGO*, cit. sub §172, n. 52.

²⁰R. PIETZNER, in F. SCHOCH, E. SCHMIDT-AßMANN, R. PIETZNER, *VwGO*, cit. sub §167, n. 5.

l'amministrazione veniva condannata con sentenza di adempimento (*Verpflichtungsurteil*): fintanto che non venga rilasciato il titolo autorizzativo, il giudicato avente ad oggetto il riconoscimento della relativa pretesa non è al riparo da eventuali sopravvenienze di diritto, a differenza di ciò che accade nel diritto civile, ove è sempre irrilevante il mutamento del quadro normativo entro il quale dovrebbe essere eseguito il giudicato²¹. Competente a giudicare dell'opposizione è il tribunale di prima istanza.

2.6 Il rapporto fra lo *Zwangsgeld* ed 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

²¹ _BVerwG 26.10.1984, in NVwZ 1985, 563.

e, allo stesso tempo, la possibilità di cumularli porterebbe il creditore a ricevere troppo. Inoltre, la destinazione dello *Zwangsgeld* alle casse dello Stato sarebbe ulteriormente funzionale a garantire il rispetto delle decisioni giurisdizionali e quindi il prestigio dell'amministrazione della giustizia.

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 disposto²². 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 sociale²³. 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 garantita²⁴ e radica in capo al giudice ordinario la giurisdizione 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.

²²S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 379.

²³U. KARPEN, *L'esperienza della Germania*, in D. SORACE (a cura di) *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna, 1994, 140.

²⁴...

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 specifi-

cità del contenzioso amministrativo che non era affidato al potere giudiziario. 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 differenza 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. *Portal Français, 100 mots du trésor FR - la corvée* di Agnes Dijaux. 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. *Treccani.it*, Enciclopedia, dizionario di storia (2010).

²Cfr. il decreto 16 agosto 1790 sull'ordinamento giudiziario, in ALDO TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 8, 9: "Le funzioni giurisdizionali sono distin-

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-

te e rimangono sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non 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”.

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

³ALDO TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 9.

competenza del giudice diviene quello di 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 necessità di istituire, nel 1848, un organo che potesse decidere, nei casi

⁴M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1933, 13 ss.

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.

⁵ALDO TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 11.

⁶Cfr. <https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites>

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. <https://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-administratif-10034/>

⁸Cfr. "juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution", *Décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009*, § 3, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/decision-n-2009-594-dc-du-3-decembre-2009-communique-de-presse#:~:text=Le%203%20d%C3%A9cembre%202009%2C%20par,portant%20diverses%20>

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 codice 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 termine⁹.

⁹Cfr. art. L. 8-3 del *code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* in <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>

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 decisione¹⁰.

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

¹⁰Cfr. art. L. 8-3 del *code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* in <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>

¹¹Cfr. art. L. 8-4 del *code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* in <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3805.html>

¹²Cfr. Dupre de Boulois X, « *Le référé-liberté pour autrui* », AJDA 2013, p. 2137

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*

¹³Cfr. <https://www.actu-juridique.fr/administratif/le-pouvoir-dinjonction-du-juge-administratif-revisite-par-les-circonstances-exceptionnelles-de-la-crise-sanitaire-du-covid-19/>

¹⁴Cfr. *Qu'est-ce que l'exécution des décisions?* in *L'exécution des décisions du Juge administratif* <http://paris.cour-administrative-appel.fr/Demarches-procedures/Les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative>

*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

¹⁵Tradotto letteralmente come procedura di costrizione al pagamento, anche chiamata procedura di pagamento forzato.

tribunale che ha reso il giudizio e, se il giudizio è stato emesso da una 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 decisione del giudice 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

¹⁶Cfr. *Comment faire exécuter les décisions rendues par le juge administratif?* in *L'exécution des décisions du juge administratif* <http://paris.cour-administrative-appel.fr/Demarches-procedures/Les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative>

¹⁷Cfr. *Comment se déroule l'examen de ma demande d'exécution?* in *L'exécution des décisions du juge administratif* <http://paris.cour-administrative-appel.fr/Demarches-procedures/Les-fiches-pratiques-de-la-justice-administrative>

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

La seconda fase, la *phase juridictionelle*, 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 juridictionelle* 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'ottemperanza 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 <http://paris.tribunal-administratif.fr/Demarches-procedures/L-execution-des-decisions-du-juge-administratif>

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

¹⁹Osserva D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit., 84, che 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.

²⁰La prima applicazione *ex officio* di un'*astreinte* si deve a CE 28 maggio 2001 (*Bande-sapt*), in *Rec. Lebon* 251, nonché in *DA* 2001, n. 176, con la quale lo Stato veniva condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria di 10.000 franchi al giorno, per la mancata ottemperanza da parte del governo francese all'obbligo di emanare un regolamento come risultante da un decreto del 30 dicembre 1998.

dello stesso anche ai tribunali e alle corti di appello.

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

²¹Come da definizione data da FRANCESCO M. CARALLI, nell'articolo *Il nuovo giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo alle astreintes*, in *Italiappalti.it*, 2017, 4.

in aggiunta al risarcimento del danno, stante la cumulabilità della misura 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, 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 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

²²FRANCESCO M. CARALLI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo alle astreintes*, in Italiappalti.it, 2017, 11.

Capitolo 4

La giustizia amministrativa nel Regno Unito

...

Capitolo 5

Il sistema spagnolo

...

Donec eu risus quis ante fermentum vestibulum in at ex. Nulla tellus est, accumsan vel iaculis eget, lacinia at sapien. Maecenas sed ligula dignissim, sagittis lorem at, euismod metus. Vivamus sodales elementum accumsan. Nullam maximus risus vel nisi semper gravida. **Esempio di citazione breve:** rinnovo della regolazione di alcuni tra gli istituti centrali (Salmerón & Seira s.d.). Aliquam ut dignissim purus. Quisque quis arcu dignissim, pellentesque tellus a, faucibus ex.

Duis in leo ut felis porttitor consectetur. Ut luctus ante eget orci vehicula, vel malesuada sapien placerat. **Esempio di citazione dettagliata:** Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Etiam molestie ex nec arcu tristique tempus. Aliquam ut dignissim purus. Quisque quis arcu dignissim, pellentesque tellus a, faucibus ex. Sed bibendum vulputate est nec scelerisque. Nulla a est molestie, tincidunt purus non, volutpat dolor.

“La Legge 4/1999, del 13 gennaio, di modifica della LAP, ha introdotto un insieme di misure destinate a rinnovare la regolazione di alcuni tra gli istituti centrali o fondamentali del Diritto Amministrativo spagnolo” (Salmerón & Seira s.d.).

Sed ornare enim ut lectus dictum semper. Duis in leo ut felis porttitor consectetur. Ut luctus ante eget orci vehicula, vel malesuada sapien placerat.

Capitolo 6

Conclusioni

6.1 Riepilogo

pellentesque habitant morbi tristique senectus et netus et malesuada
fames ac turpis egestas. Nunc eleifend, ex a luctus porttitor, felis ex suscipit
tellus, ut sollicitudin sapien purus in libero. Nulla blandit eget urna vel
tempus. Praesent fringilla dui sapien, sit amet egestas leo sollicitudin at.

6.2 Approfondimenti

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Aliquam gra-
vida ipsum at tempor tincidunt. Aliquam ligula nisl, blandit et dui eu, elei-
fend tempus nibh. Nullam eleifend sapien eget ante hendrerit commodo.
Pellentesque pharetra erat sit amet dapibus scelerisque.

Vestibulum suscipit tellus risus, faucibus vulputate orci lobortis eget.

Nunc varius sem nisi. Nunc tempor magna sapien, euismod blandit elit pharetra sed. In dapibus magna convallis lectus sodales, a consequat sem euismod. Curabitur in interdum purus. Integer ultrices laoreet aliquet. Nulla vel dapibus urna. Nunc efficitur erat ac nisi auctor sodales.

Appendice 1: Extra-A

Vivamus hendrerit rhoncus interdum. Sed ullamcorper et augue at porta. Suspendisse facilisis imperdiet urna, eu pellentesque purus suscipit in. Integer dignissim mattis ex aliquam blandit. Curabitur lobortis quam varius turpis ultrices egestas.

Riferimenti

Salmerón, M.F. & Seira, C.C., Riforma Del Procedimento Amministrativo in Spagna: La Legge 4/1999, Del 13 Gennaio, Di Modifica Della Legge 30/1992, Del 26 Novembre, de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y Del Procedimiento Administrativo Común. Available at: https://digilander.libero.it/bhilex/studi/artprammsez_I_II1.htm?utm_source=pocket_mylist [Consultato ottobre 8, 2022].