



Diritto e Processo Amministrativo

Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004).

di Michele Ricciardo Calderaro

15 luglio 2020

Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004).

di Michele Ricciardo Calderaro

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. La questione di diritto. – 3. L'appellabilità della sentenza di ottemperanza del giudice amministrativo: il difficile percorso evolutivo della giurisprudenza. – 4. La possibilità di impugnazione della sentenza di ottemperanza che fornisce chiarimenti sull'esecuzione del *decisum* del giudice amministrativo: la (corretta) soluzione adottata dal Consiglio di Stato. – 5. Osservazioni critiche.

Il caso di specie.

La questione giunta all'esame del Consiglio di Stato, con la sentenza che si annota, è di particolare complessità, già nelle sue articolazioni fattuali, e deve essere pertanto ricostruita con attenzione.

Il caso trova la sua origine in una questione di natura edilizia, con dei chiari risvolti però per quanto concerne l'esercizio di un'attività commerciale, dato che il primo grado di giudizio, tenutosi presso il T.A.R. Puglia, Bari, concerneva il silenzio serbato dall'Amministrazione comunale sull'istanza che i ricorrenti avevano precedentemente presentato al fine di ottenere la

declaratoria di inefficacia e/o decadenza della comunicazione di inizio lavori di una Società che gestiva un supermercato in un locale attiguo e confinante con un locale simile per tipologia dei ricorrenti, in ordine ai lavori di abbattimento del muro perimetrale del condominio (di separazione tra i due locali) eseguiti senza previa autorizzazione dell'assemblea condominiale.

Il T.A.R. Puglia, adito a' sensi dell'art. 117, cod. proc. amm., accoglieva il ricorso avverso il silenzio e conseguentemente dichiarava l'obbligo dell'Amministrazione di adottare tutte le determinazioni necessarie in ordine all'istanza presentata dai ricorrenti in un termine perentorio di 30 giorni dalla notificazione o comunicazione della sentenza, nominando contestualmente, avvalendosi del potere concesso dal co. 3 della medesima disposizione, un commissario *ad acta*, che provvedesse in luogo dell'Amministrazione comunale qualora questa fosse rimasta inadempiente nel termine a lei assegnato.

La sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, n. 754/2019, passava in giudicato in quanto l'appello proposto dalla Società titolare del supermercato veniva dichiarato irricevibile dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 13 novembre 2019, n. 7775.

Decorso infruttuosamente il termine assegnato all'Amministrazione comunale per adeguarsi alla statuizione del giudice amministrativo, l'Amministrazione individuata per svolgere le funzioni di commissario *ad acta*, ovvero la Prefettura, delegava un proprio funzionario a delineare le misure necessarie per ottemperare alla pronunzia del T.A.R. Puglia.

Il commissario *ad acta*, a seguito di apposita istruttoria, dichiarava inefficace e decaduta, in seguito a sentenza, la comunicazione di inizio lavori asseverata della Società titolare del supermercato, ordinandole contestualmente di *"reintegrare i ricorrenti nel compossesso del muro divisorio di cui è, mediante la sua ricostruzione con le caratteristiche preesistenti al momento dell'abbattimento"*, non disponendo però nulla in ordine all'eventuale annullamento dell'autorizzazione rilasciata in favore dell'impresa per lo svolgimento dell'attività commerciale.

Alla determinazione del commissario *ad acta* non veniva data alcuna esecuzione, in quanto i ricorrenti di primo grado non venivano reintegrati nel compossesso del muro divisorio e contestualmente l'attività commerciale della Società continuava ad essere esercitata nei locali abusivamente trasformati, anche perché sul punto non era intervenuta alcun tipo di disposizione da parte dei provvedimenti commissariali.

Così, a seguito di istanza dei ricorrenti, il commissario *ad acta*, avvalendosi della facoltà concessa dall'art. 112, co. 5, cod. proc. amm., si rivolgeva al T.A.R. Puglia, Bari, al fine di ottenere tutti i chiarimenti necessari in ordine ad eventuali specifici provvedimenti di sospensione da adottare

nei confronti dell'esercizio dell'attività commerciale da parte della Società titolare del supermercato.

Il T.A.R., con sentenza 10 aprile 2020, n. 479, ha risposto alla richiesta di chiarimenti, disponendo, sulla base della consolidata giurisprudenza anche del Consiglio di Stato che ravvisa un rapporto di presupposizione giuridica tra il titolo edilizio ed il provvedimento di autorizzazione commerciale^[1], che il commissario *ad acta* provveda senza indugio a comunicare la propria determinazione di inefficacia della scia all'apposito ufficio comunale, per le determinazioni di competenza di quest'ultimo in ordine all'inevitabile e conseguenziale decadenza dell'autorizzazione commerciale rilasciata, in favore della Società titolare del supermercato, essendo i locali oramai rimasti privi di titolo abilitativo, presupposto indispensabile per lo svolgimento dell'attività commerciale.

Proprio dalla sentenza di ottemperanza, adottata dal T.A.R. Puglia per fornire i chiarimenti richiesti dal commissario *ad acta*, sorge la questione di diritto controversa che occorre esaminare.

2. La questione di diritto

La Società titolare del supermercato, non condividendo le statuizioni contenute nella sentenza del giudice dell'ottemperanza, interpone appello al Consiglio di Stato per una serie di ragioni di diritto, attinenti in particolari alla mancata corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, in quanto il T.A.R. Puglia non avrebbe considerato separatamente i locali di cui dispone la Società, alcuni dei quali non inficiati da irregolarità edilizia, con la conseguenza che evidentemente la statuizione di decadenza *in toto* dell'autorizzazione commerciale non troverebbe ragion d'essere.

Le ragioni di censura avanzate avverso la sentenza del T.A.R. sono molteplici, ma non saranno oggetto di approfondimento in questa sede, perché ciò che deve essere esaminato riguarda un aspetto particolare, ovvero l'appellabilità della sentenza di ottemperanza per i chiarimenti richiesti dal commissario *ad acta*.

Difatti, sia alcuni degli originari ricorrenti che l'Amministrazione comunale, costituendosi in giudizio dinnanzi al Consiglio di Stato, hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello proposto avverso la sentenza di ottemperanza pronunciata ai sensi dell'art. 112, comma 5, cod. proc. amm., a seguito della richiesta di chiarimenti sull'esecuzione di un precedente giudicato, trattandosi di mero incidente di esecuzione sfociato in statuizioni di natura ordinatoria e non

decisoria, come tali non impugnabili.

Ed è proprio su questo punto che la sentenza del Consiglio di Stato, qui annotata, si sofferma primariamente, sia perché in ogni caso si tratta di una questione di rito da risolvere prima di definire il merito sia perché è un punto controverso, che coinvolge aspetti importanti del rapporto processuale nel sistema di giustizia amministrativa e che merita perciò un chiarimento.

Il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione di inammissibilità, anzitutto, in quanto i precedenti giurisprudenziali invocati dai ricorrenti in primo grado a suffragio dell'eccezione si riferiscono a casi, nei quali la sentenza resa su richieste di chiarimenti *ex art. 112, co. 5, cod. proc. amm.* atteneva a mere questioni di natura ordinatoria e quindi si risolveva in un mero incidente di esecuzione volto a chiarire le modalità materiali di esecuzione della sentenza cognitoria ottemperanda.

Nel caso di specie, invece, l'appellata sentenza di ottemperanza non si è limitata a impartire disposizioni ordinarie di esecuzione materiale della sentenza cognitoria, ma ha per la prima volta affrontato *ex professo* la tematica della ripercussione della dichiarazione di inefficacia e decadenza del titolo edilizio sull'autorizzazione commerciale, affermando la sussistenza di “*una correlazione nettissima tra concessione edilizia e autorizzazione commerciale*”, peraltro già prevista espressamente dall'art. 20, Legge della Regione Puglia n. 24 del 2015.

Ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che il T.A.R. Puglia, in piena aderenza alla funzione assoluta dal giudizio di ottemperanza, che involge la necessità di un'interpretazione della sentenza ottemperanda al fine di individuare il comportamento doveroso dell'Amministrazione in sede di esecuzione della sentenza, e che, secondo la tesi tradizionale, si configura come giudizio misto di cognizione ed esecuzione che dà luogo a un giudicato a formazione progressiva [2] – con la sentenza di ottemperanza ha deciso su un tratto di interesse non espressamente affrontato dalla sentenza ottemperanda e quindi su aspetti cognitori non esaminati nel giudizio definito con la sentenza resa sul silenzio inadempimento serbato dall'Amministrazione comunale.

La statuizione del Consiglio di Stato sul punto è meritevole di attenzione, perché affronta in maniera netta e decisa la natura del giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo, in particolare della c.d. ottemperanza di chiarimenti, e deve essere esaminata a partire dagli orientamenti giurisprudenziali che sul punto si sono formati.

3. L'appellabilità della sentenza di ottemperanza del giudice amministrativo: il difficile percorso evolutivo della giurisprudenza

Come è noto, il giudizio di ottemperanza è lo strumento mediante il quale nel processo amministrativo si esercita l'azione di esecuzione, che, a' sensi dell'art. 112 del Codice, può essere oggi esercitata, seppur con modalità differenti quanto ai poteri del giudice amministrativo, sia nei confronti delle sentenze passate in giudicato che nei confronti delle sentenze immediatamente esecutive quali sono quelle dei Tribunali Amministrativi Regionali[3].

Il giudizio di ottemperanza è previsto nel nostro ordinamento sin dalla legge Crispi del 1889, ed in particolare dall'art. 4, n. 4 di quella legge 31 marzo 1889, n. 5992[4], che, istituendo la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ha disciplinato il potere del giudice amministrativo di decidere, pronunciando anche in merito, dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali che avessero riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico[5].

Questa tipologia di giudizio nasce, perciò, come necessario completamento della tutela giudiziale dei diritti che il giudice ordinario non era in grado di assicurare se non parzialmente[6].

I poteri del giudice amministrativo dal 1889 ad oggi sono sostanzialmente mutati e sono stati evidentemente ampliati e così anche il giudizio di ottemperanza ha subito un'evoluzione sino ad avere ad oggetto prima, con la legge istitutiva dei T.A.R. del 1971, anche il giudicato dei giudici amministrativi[7] ed infine, mediante l'innovazione apportata dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, le sentenze esecutive del giudice amministrativo non ancora passate in giudicato[8].

Il giudice amministrativo, in accoglimento del ricorso presentato, ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento o la sua emanazione in sostituzione dell'Amministrazione che avrebbe dovuto adottarlo.

Il Codice prevede, inoltre, sulla base del combinato disposto degli articoli 112, co. 5 e 114, co. 7, che il giudizio possa essere attivato altresì per fornire chiarimenti sulle modalità di ottemperanza, anche laddove la richiesta pervenga dallo stesso commissario *ad acta*.

Nel caso di specie su cui si è pronunciata la sentenza del Consiglio di Stato che si annota, la questione è sorta proprio dall'applicazione di queste norme.

Difatti, a seguito dell'accoglimento di un ricorso avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione ex art. 117 del Codice, il commissario *ad acta*^[9] nominato con quella sentenza ha azionato il rimedio dell'ottemperanza per chiedere al T.A.R. Puglia quale fosse l'ambito del giudicato e quali fossero, pertanto, i provvedimenti da adottare per dar seguito al *decisum* contenuto nella prima sentenza.

Il T.A.R. Puglia ha dettato le prescrizioni necessarie nella sentenza di ottemperanza, che è stata però appellata a' sensi dell'art. 100 dinnanzi al Consiglio di Stato.

In questa sede è stata sollevata una questione giuridica precipua sulla stessa ammissibilità del ricorso in appello: la sentenza di ottemperanza pronunciata ai sensi dell'art. 112, comma 5, cod. proc. amm., a seguito della richiesta di chiarimenti sull'esecuzione di un precedente giudicato non sarebbe impugnabile, trattandosi di un mero incidente di esecuzione sfociato in statuizioni di natura ordinatoria e non decisoria, come tali non impugnabili.

Questo specifico aspetto può essere esaminato solamente dopo aver chiarito quali siano i limiti generali dell'appellabilità della sentenza di ottemperanza pronunciata dal giudice amministrativo di primo grado.

La questione è stata ampiamente dibattuta e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sin dalla sentenza n. 23 del 1978, ha cercato di risolvere la problematica, tentando anzitutto di delineare quale sia la natura del giudizio di ottemperanza.

L'Adunanza Plenaria, difatti, con questa pronunzia, ha ritenuto inammissibile l'appello avverso le sentenze di ottemperanza dei T.A.R., in quanto la speciale natura del procedimento di ottemperanza, il carattere peculiare e pregnante delle relative statuizioni e la sua funzione esaustiva della vicenda processuale fornirebbero una valida spiegazione logica del perché il legislatore non abbia ritenuto il doppio grado di giudizio rispondente alle caratteristiche e alla funzione proprie di tale procedimento in relazione alla esigenza che il giudizio – già eventualmente sviluppatosi in più gradi – pervenga finalmente a conclusione in tempi rapidi ed in forme concentrate, così come richiede sia l'interesse alla tempestività dell'azione amministrativa sia l'interesse del privato alla realizzazione della posizione di vantaggio che gli deriva dalla sentenza da eseguire^[10].

Il Consiglio di Stato, in questa prima statuizione, pareva pertanto molto risoluto, date le caratteristiche del giudizio in questione, nell'escludere qualsivoglia tipologia di impugnazione delle sentenze di ottemperanza, salvi solamente i casi eccezionali di pronunzie abnormi o comunque esorbitanti dall'ambito di applicazione del giudizio di ottemperanza^[11].

Questo primo orientamento, così restrittivo, è andato incontro, già precedentemente all'entrata in vigore del Codice, ad una modifica ampliativa, da parte della stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel senso di delimitare specificamente le ipotesi nelle quali l'appello avverso le sentenze di ottemperanza dei T.A.R. deve ritenersi ammissibile.

Così, tenendo conto della natura del giudizio di ottemperanza^[12] e dell'effetto devolutivo del giudizio di appello^[13], si è affermato il principio secondo cui l'appello proposto avverso la sentenza di ottemperanza del tribunale amministrativo regionale è ammissibile solo quando questa non si limiti a disporre mere misure applicative, ma risolva questioni giuridiche in rito e in merito, *"pronunciandosi sulla regolarità del rito instaurato, sulle condizioni oggettive e soggettive dell'azione e sulla fondatezza della pretesa azionata"*^[14].

In altri termini, l'appello non è possibile ove la sentenza che si impugna ha provveduto solamente a dettare prescrizioni operative e/o materiali per ottemperare a quanto deciso nella sentenza di cognizione.

Successivamente all'entrata in vigore del Codice, il Consiglio di Stato, in considerazione del fatto che, in applicazione dell'art. 125 della Costituzione, il Codice del processo amministrativo prevede l'appellabilità di ogni sentenza di primo grado, altresì ove resa in sede di ottemperanza, ha chiarito che deve considerarsi pacifico l'assunto relativo all'impugnabilità delle sentenze emesse in sede di ottemperanza, allorquando il gravame non investa mere questioni esecutive, ma anche quello concernente l'effetto devolutivo pieno che deve riconoscersi ove, in sede di appello, debbano risolversi questioni giuridiche in rito e in merito, in relazione alla regolarità del rito instaurato, alle condizioni soggettive ed oggettive dell'azione ed alla fondatezza della pretesa azionata^[15].

Se le statuizioni rese nel giudizio di ottemperanza, dunque, non hanno effetti meramente esecutivi e carattere sostanzialmente ordinatorio, queste sono appellabili, così come peraltro avevano già statuito le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1986.

Queste, difatti, avevano affermato che il giudizio d'ottemperanza davanti al tribunale amministrativo regionale, all'epoca disciplinato dall'art. 37 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 ed oggi dall'art. 112 del Codice, pur presentando modalità processuali di tipo sommario, ed essendo rivolto ad una sostituzione di detto tribunale all'autorità amministrativa inadempiente in ordine all'esecuzione di un precedente giudicato, ha natura giurisdizionale, con la conseguenza che le pronunce che lo concludono sono soggette, senza eccezioni o limitazioni, al principio dell'appellabilità davanti al Consiglio di Stato, non potendo invece essere direttamente

impugnate con ricorso per Cassazione^[16].

Oggigiorno, pur in presenza di una disposizione del Codice, l'art. 114, co. 8, che sembrerebbe ammettere in via generale l'impugnabilità di tutti i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza, si deve ritenere, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale sinora descritta, che siano appellabili le sentenze contenenti statuizioni cosiddette aberranti, ovvero dotate di un contenuto del tutto estraneo all'ambito ed alla funzione propri del giudizio di ottemperanza, nonché le sentenze contenenti statuizioni cosiddette esorbitanti, che cioè travalichino i confini dell'esecuzione per affrontare direttamente questioni di cognizione^[17].

Affermata con chiarezza l'appellabilità di queste sentenze rese in sede di ottemperanza, occorre adesso soffermarsi sulla problematica relativa all'impugnabilità nei casi in cui la sentenza di ottemperanza sia stata resa per fornire chiarimenti al commissario *ad acta*.

4. La possibilità di impugnazione della sentenza di ottemperanza che fornisce chiarimenti sull'esecuzione del decisum del giudice amministrativo: la (corretta) soluzione adottata dal Consiglio di Stato

Partendo dalla riconosciuta natura mista^[18], di cognizione e di esecuzione, del giudizio di ottemperanza^[19] e dalla funzione della sentenza conclusiva di questo giudizio di interpretazione della pronunzia ottemperanda al fine di individuare il comportamento che l'Amministrazione deve assumere in sede di esecuzione di quanto stabilito dal giudice amministrativo^[20], vi è la necessità di chiarire quali siano i limiti entro i quali si può ritenere appellabile la sentenza di ottemperanza che sia intervenuta per fornire chiarimenti in merito all'esecuzione del giudicato.

La sentenza del Consiglio di Stato che si annota, difatti, interviene in un percorso giurisprudenziale complesso ove le posizioni non sono sempre state così definite.

La natura della c.d. ottemperanza di chiarimenti è al centro di un dibattito interno allo stesso Consiglio di Stato, che al riguardo ha elaborato due differenti tesi, una che propende a riconoscerle il rilievo di mero incidente di esecuzione e l'altra che, invece, sembra attribuirle il carattere di accertamento autonomo dell'esatto contenuto della sentenza da eseguire.

Secondo un primo orientamento, la c.d. ottemperanza di chiarimenti, *ex art. 112, co. 5, Cod. proc. amm.*, costituisce un mero incidente sulle modalità di esecuzione del giudicato[21] – utilizzabile quando vi sia una situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo – e non un'azione o una domanda in senso tecnico, con la conseguenza che non può trasformarsi in un'azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, né in un'impugnazione mascherata, che porti di fatto a stravolgere il contenuto della pronuncia, la quale non può più venire riformata né integrata dal giudice dell'ottemperanza ove la pretesa avanzata sia *de planor* ricavabile dal tenore testuale della sentenza da eseguire.

I quesiti interpretativi da sottoporre al giudice dell'ottemperanza devono attenere alle modalità dell'ottemperanza e devono avere i requisiti della concretezza e della rilevanza, non potendosi sottoporre al giudice questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma solo questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione dello stesso[22]. Ne discende che lo strumento in esame non può trasformarsi in un pretesto per investire il giudice dell'esecuzione, in assenza dei presupposti suindicati, di questioni che devono trovare la loro corretta risoluzione nella sede dell'esecuzione del *decisum*, nell'ambito del rapporto tra parti e amministrazione, salvo che successivamente si contesti l'aderenza al giudicato dei provvedimenti così assunti[23].

La conseguenza di questa tesi è che, trattandosi di un mero incidente di esecuzione, non è ammissibile alcun tipo di impugnativa nei confronti della relativa sentenza[24].

Di diverso orientamento è invece la tesi che, valorizzando la possibilità che il ricorso per chiarimenti *ex art. 112, comma 5* preceda la instaurazione del giudizio di ottemperanza vero e proprio – ha attribuito a questo ricorso la specifica natura di azione autonoma volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza (o del provvedimento ad essa equiparato) proponibile, per giunta, esclusivamente dalla Amministrazione tenuta ad adempiere posto che la parte vittoriosa non avrebbe altro interesse che quello alla ottemperanza[25].

Ciò in quanto il ricorso, previsto dall'*art. 112, co. 5, cod. proc. amm.*, per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza ad una sentenza del giudice amministrativo, ha natura giuridica diversa dall'azione di ottemperanza propriamente detta, non potendo essere qualificato né quale semplice strumento di attuazione del comando giudiziale (*ex art. 112, co. 2*), né come mera azione esecutiva in senso stretto (*ex art. 112, co. 3*)[26].

Dinnanzi a questa contrapposizione di orientamenti, in radicale contrasto già relativamente alla natura della c.d. ottemperanza di chiarimenti, il Consiglio di Stato nel 2018 ha cercato di porre chiarezza, proponendo un'ipotesi ricostruttiva univoca anche per quanto concerne la possibilità di impugnazione, nel solco di quanto era già stato fatto con riferimento all'appellabilità generale della sentenza di ottemperanza.

Il Consiglio di Stato, anzitutto, ha escluso che la richiesta di chiarimenti introduca un'azione autonoma, distinta da quella per l'ottemperanza vera e propria, così come peraltro già chiarito dall'Adunanza Plenaria^[27].

Questo in considerazione della *ratio* delle norme che prevedono la possibilità di richiedere i chiarimenti in sede esecutiva: rendere piena ed effettiva la tutela giurisdizionale, esigenza vieppiù avvertita quando si deve finalmente attribuire in concreto il bene della vita riconosciuto dal giudicato.

I chiarimenti, di per sé, attengono, difatti, all'individuazione delle modalità esecutive dell'ottemperanza.

Ciò posto, ferma restando la regola generale della impugnabilità di tutte le decisioni rese dal giudice di primo grado in sede di ottemperanza secondo il percorso evolutivo della giurisprudenza cui si è precedentemente fatto cenno, per comprendere se una sentenza di ottemperanza resa su una richiesta di chiarimenti è appellabile è necessario valutare il contenuto concreto delle statuizioni in essa contenute^[28].

Se le statuizioni hanno effetti meramente esecutivi e la pronunzia si caratterizza per un'indole segnatamente non decisoria e tanto meno definitiva, questa non potrà considerarsi appellabile, secondo i principi processuali generali che affermano la non impugnabilità, salvo che non sia diversamente disposto dalla legge, dei provvedimenti non decisorie e comunque non definitivi quali sono i provvedimenti esecutivi^[29].

La sentenza del giugno 2020 che si annota si pone correttamente nel solco di quest'ultima pronunzia.

Dato che la sentenza di ottemperanza del T.A.R. Puglia resa per i chiarimenti richiesti dal commissario *ad acta* ha affrontato questioni non meramente esecutive, non si è limitata ad impartire istruzioni operative allo stesso, ma ha affrontato per la prima volta, con un contenuto cognitorio e decisorio, un profilo fondamentale per l'esecuzione della sentenza che era stata pronunziata sul silenzio serbato dall'Amministrazione, ovvero il rapporto giuridico esistente tra titolo edilizio ed autorizzazione commerciale, non si può ritenere che questa si concretizzi in un

mero incidente di esecuzione e che quindi non sia appellabile.

La sentenza di ottemperanza del T.A.R. Puglia ha un contenuto decisorio su aspetti di cognizione che non erano stati esaminati dalla sentenza ottemperanda e correttamente la si deve ritenere suscettibile di appello.

L'arresto, peraltro reso nella forma della sentenza breve^[30] ex art. 60 del Codice, del Consiglio di Stato deve essere perciò condiviso perché, data la natura mista del giudizio di ottemperanza^[31], occorre individuare correttamente il contenuto della sua pronunzia conclusiva per determinare o meno la possibilità di impugnazione, anche allorché si tratti di pronunzia resa su una richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta*.

Ciò è necessario affinché venga garantita anche in questo caso l'effettività della tutela^[32] nel processo amministrativo^[33].

5. Osservazioni critiche

La sentenza di ottemperanza su cui è intervenuto il Consiglio di Stato presenta dei caratteri di certa peculiarità, che occorre tenere in debita considerazione allorché vi siano dei dubbi sull'appellabilità della c.d. ottemperanza di chiarimenti.

Nei paragrafi precedenti si è ricostruita la vicenda processuale e si è ricordato come il T.A.R. Puglia sia intervenuto in ottemperanza a seguito della richiesta di chiarimenti del commissario *ad acta* nel momento in cui il giudicato si era formato sul silenzio-inadempimento^[34] che era stato serbato dall'Amministrazione.

L'Amministrazione non ha dato esecuzione al giudicato del giudice amministrativo ed il commissario *ad acta* nominato già nel giudizio avverso il silenzio ex art. 117, co. 3 del Codice^[35] ha stimolato il giudice, mediante il rimedio dell'ottemperanza, affinché dettasse le determinazioni necessarie per una corretta esecuzione di quanto statuito in fase di cognizione^[36].

La particolarità deve essere ravvisata all'interno proprio di questo contesto.

La sentenza resa sul silenzio dal T.A.R. Puglia non affrontava tutti i profili cognitori della vicenda sottoposta al suo esame^[37], limitandosi ad ordinare all'Amministrazione di adottare tutti i provvedimenti necessari affinché trovasse riscontro l'istanza precedentemente presentata dai ricorrenti, su cui si era formato il silenzio-inadempimento, in merito alla declaratoria di

inefficacia o di decadenza della comunicazione di inizio lavori della Società titolare del supermercato.

Il T.A.R. non esaminava tutti i profili concernenti il rapporto di presupposizione giuridica esistente tra il titolo edilizio e l'autorizzazione commerciale, per cui illegittimo il primo viene meno la seconda, e così, previa propulsione del commissario *ad acta*, la sentenza di ottemperanza nel fornire i chiarimenti richiesti ha affrontato profili cognitori che sino ad allora non erano stati definiti.

La sentenza di ottemperanza del T.A.R. Puglia non può, pertanto, definirsi meramente esecutiva, in quanto non detta solamente prescrizioni materiali per l'esecuzione del giudicato, proprio perché uno dei profili cognitori fondamentali per la definizione del medesimo, cioè la definizione del rapporto tra titolo edilizio ed autorizzazione commerciale, è stato affrontato solamente in sede di ottemperanza.

Così, allorché l'ottemperanza di chiarimenti completa la cognizione come in questo caso, con un giudicato che si forma in modo progressivo, non può certamente affermarsi che la stessa sia meramente un'azione esecutiva.

Contribuendo alla definizione della parte decisoria della statuizione del giudice amministrativo, la sentenza adottata non è un provvedimento segnatamente esecutivo.

Correttamente, quindi, il Consiglio di Stato ha ritenuto la sentenza di ottemperanza appellabile.

Ciò per due ordini di ragioni, che tra loro sono assolutamente interdipendenti: la prima è che il giudicato si era formato sul silenzio inadempimento dell'Amministrazione, accertando l'illegittimità dello stesso senza giungere però all'attribuzione del bene della vita cui aspirava il ricorrente; la seconda è che, proprio in considerazione di quest'aspetto[38], la sentenza di ottemperanza non si è preoccupata soltanto di delineare le modalità operative del contenuto stabilito in fase di cognizione ma ha dovuto integrarlo, esaminando anche aspetti di cognizione che il giudizio non aveva affrontato affinché l'esecuzione del giudicato fosse tale da garantire piena tutela alla pretesa sostanziale che i ricorrenti avevano dedotto nel rito avverso il silenzio.

Allorquando la sentenza di ottemperanza, resa anche per la richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta*, presenta queste caratteristiche, non può che essere suscettibile di appello dinnanzi al Consiglio di Stato.

Rimangono aperti i problemi dei limiti oggettivi del giudicato che può formarsi su una sentenza resa sul silenzio, ma è questione che non può essere affrontata ed esaurita nell'ambito delle

presenti note^[39].

[1] Come ricordato, ad esempio, da Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3793, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nel rilascio dell'autorizzazione commerciale occorre tenere presente i presupposti aspetti di conformità urbanistico-edilizia dei locali in cui l'attività commerciale si va a svolgere, con la naturale conseguenza che il diniego di esercizio di attività di commercio deve ritenersi legittimo ove fondato su rappresentate e accertate ragioni di abusività e/o non regolarità delle opere edilizie in questione con le prescrizioni urbanistiche; da ultimo, si rinvia anche a Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2019, n. 3419, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha affermato la sussistenza del rapporto di presupposizione giuridica tra il rilascio del titolo edilizio e quello per l'esercizio di un'attività commerciale, rapporto di presupposizione che comporta l'automatica caducazione dell'altro di cui il primo costituisce presupposto.

[2] La letteratura sul giudicato amministrativo è diffusa; anzitutto il riferimento corre alla fondamentale voce di F. Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, Vol. XVIII, 893 ss.; si rinvia poi, *ex multis*, a F. Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 302 ss.; A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 919 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, 1 ss.; P.M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990, 1 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 145, che ricorda come il giudicato cada non solo sull'atto, ma sulla fattispecie del potere; da ultimo, si rinvia ai recenti contributi di S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.; S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 1 ss.; sugli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo e sul giudicato a formazione progressiva si rinvia a C.E. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.; nonché a M. Andreis, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1201 ss.; da ultimo a S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 296 ss.

[3] Per un'ampia trattazione in merito occorre far riferimento a C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, 287 ss.; F. Francario, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 52 ss.; A. Travi, *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 976 ss.; L. Mazzaroli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 226 ss.; R. Villata, *Riflessioni in tema*

di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 369 ss.

[4] Per una ricostruzione storica si rinvia a G. Crepaldi, *Le pretese risarcitorie nel giudizio di ottemperanza: resistenze e sviluppi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 717 ss.

[5] Sulla conformazione originaria del giudizio di ottemperanza, quale mezzo di esecuzione delle sentenze del giudice civile, si rinvia allo studio di M.S. Giannini, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 442 ss.; nonché ad E. Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 250 ss.

[6] Sul punto si rinvia a N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, Esi, 2015, 442 ss.

[7] L'opera di estensione del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo è stata definita di "filiazione" da M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza (Atti del XXVII Congresso di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 17-19 settembre 1981)*, Milano, Giuffrè, 1983, 64 ss.; sul punto si rinvia, altresì, a R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 1 ss.

[8] Per l'evoluzione del giudizio di ottemperanza, anche se ancora riferito alla disciplina ante Codice del processo, si rinvia a L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.; nonché a L. Verrienti, *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1991, Vol. VII, 257 ss.

[9] Per un inquadramento generale di questa figura si rinvia a V. Caputi Jambrenghi, *Commissario ad acta*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 2002, Aggiornamento, VI, 284 ss.; G. Orsoni, *Il commissario ad acta*, Padova, Cedam, 2001, 1 ss.; A. Cioffi, *Sul regime degli atti del commissario ad acta nominato dal giudice dell'ottemperanza*, in *I Tar*, 2001, II, 1 ss.; nello specifico per la nomina del commissario nel rito avverso il silenzio dell'Amministrazione, nel regime antecedente all'art. 117 del Codice, si rinvia a G. Mari, *Il commissario ad acta nel rito sul silenzio quale organo straordinario dell'Amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 750 ss.

[10] Cons. Stato, Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, in *Foro it.*, 1978, III, 449 ss.

[11] Per un commento critico a questa sentenza si rinvia a F.G. Scoca, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, III, 4 ss.

[12] Per un approfondimento si rinvia a C.E. Gallo, *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza: un problema aperto*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1264, che ha affrontato il problema della natura del giudizio di ottemperanza con particolare riferimento all'esercizio del diritto di difesa.

[13] Per un'ampia disamina dell'effetto devolutivo dell'appello si rinvia a C.E. Gallo, *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1987, Vol. I, 315 ss.; R. Villata, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 131 ss.; N. Bassi, *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 342 ss.

[14] In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3789, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1716 ss.

[15] Così Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2018, n. 6907, in *Foro amm.*, 2018, 2155 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 759, in *Foro amm. CdS*, 2012, 401 ss.

[16] Cass. civ., Sez. Un., 24 novembre 1986, n. 6895, in *Giust. civ.*, 1987, I, 310 ss.

[17] Sul punto si rinvia a S. Tarullo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, VII appendice, 2017, 559 ss.

[18] Secondo F. Figorilli, *La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Urb. e app.*, 2013, 952 ss., il Codice sembra “ridefinire il giudizio per l'esecuzione del giudicato come una sorta di contenitore in grado di offrire una serie di strumenti, tra loro profondamente diversi, a disposizione della parte che vuole conseguire l'utilitas consacrata dalla pronuncia divenuta cosa giudicata. Ed invero, all'interno dello schema proposto dall'art. 112, comma 2, c.p.a., è possibile rintracciare una pluralità di azioni che possono ben contenere tutte le sfumature in passato prospettate dalla giurisprudenza sulla natura dell'istituto”.

[19] Come chiarito da C.E. Gallo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Encicl. giur.*, Milano, Giuffrè, 2008, Annali, II, 818 ss., “il giudizio di ottemperanza può consistere vuoi nell'attuazione di statuizioni puntuali contenute nel giudicato, rispetto alle quali occorre una semplice attività materiale o giuridica esattamente delineata nel giudicato stesso; vuoi nella individuazione, al termine di un'autonoma fase di cognizione in cui il giudice è chiamato a definire un assetto di interessi, di quale sia il portato del giudicato, con una pronunzia che può avere un contenuto caducatorio, e perciò costitutivo, oppure conformativo, e perciò condannatorio”. Sulla possibilità che il giudizio di ottemperanza serva anche a completare l'accertamento giudiziale, che avrebbe dovuto aver il suo esito nella fase di cognizione, si rinvia alle opinioni di E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1966, 1077 ss.; Id.,

Specialità del giudizio di ottemperanza, in *Giur. it.*, 1999, 2414 ss.; M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1981, 1157 ss.; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1989, 1 ss.; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1648 ss.; da ultimo, F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 534 ss.

[20] Come evidenziato da P.M. Vipiana, *L'ottemperanza al giudicato amministrativo fra l'attività del commissario ad acta e quella dell'amministrazione "commissariata"*, in *Urb. e app.*, 2015, 1049 ss., la fase dell'ottemperanza è fondamentale nel processo amministrativo, in quanto "serve ad assicurare l'effettività del dictum del giudice, nell'ambito dell'equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo".

[21] Così Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2014, n. 4722, in *Foro amm.*, 2014, 2337 ss.

[22] In questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409, in *Foro amm.*, 2015, 2774 ss.

[23] Così, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 6 settembre 2017, n. 4232, in *Foro amm.*, 2017, 1829 ss.

[24] Secondo quanto ritenuto da Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6151, in *Urb. e app.*, 2015, 482 ss.

[25] In questi termini Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468, in *Foro amm. CdS*, 2012, 3228 ss.

[26] Così Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2015, n. 4141, in *Foro amm.*, 2015, 2262 ss.

[27] Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro it.*, 2014, III, 712 ss., con nota di A. Travi, che riconduce il ricorso previsto dall'art. 112, co. 5, Cod. proc. amm. al novero delle azioni di ottemperanza.

[28] Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2141, in *Foro it.*, 2018, 6, III, 302 ss.

[29] Ribadita di recente, ad esempio, da Cass. civ., Sez. Un., 1° febbraio 2017, n. 2610, in *Guida dir.*, 2017, 10, 32 ss.

[30] Sulla sentenza in forma semplificata o c.d. breve si può rinviare a R. De Nictolis, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, 1 ss.; A. Police, *Le decisioni in forma semplificata (cosiddetto giudizio immediato)*, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova, 2014, 541 ss.; A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel giusto processo amministrativo*,

Padova, Cedam, 2009, 1 ss.; M. Sinisi, *La disciplina della decisione in forma semplificata, la garanzia del contraddittorio e il giusto processo. Profili di dubbia legittimità*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 413 ss.

[31] L'affermazione è oramai consolidata in letteratura: si rinvia, ad esempio, a C. Calabrò, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, Roma, 2002, Vol. XV, 3; V. Caianiello, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Encicl. dir.*, Milano, Giuffrè, 1999, Aggiornamento, III, 614; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, 387; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, Morano, 1963, 169.

[32] F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss., osserva correttamente come, “nel sistema tradizionale, dunque, il giudizio di ottemperanza non nasce per garantire l'esecuzione forzata di sentenze di condanna, ma come strumento volto a garantire l'effettività della tutela costitutiva di annullamento erogata in fase di accertamento dal giudice amministrativo”; in tema si v. anche G. Mari, *Giudice amministrativa ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Esi, Napoli, 2013, 1 ss. In linea generale, secondo I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, 85, il concetto di effettività deve valorizzare il principio chiovendiano, “in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce”; l'affermazione del principio è di G. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1930, Vol. I, 101 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1923, ora in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1965, 81, secondo cui “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”.

[33] C.E. Gallo, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 73 ss., nell'affermare che la giustizia amministrativa non può essere qualificata come servizio pubblico ma come funzione, ricorda che il sindacato prestato dal plesso giurisdizionale T.A.R. – Consiglio di Stato deve essere pieno e completo sull'attività dell'amministrazione: in questo senso occorre leggere l'effettività della tutela nell'ambito del processo amministrativo; in merito si rinvia altresì alle osservazioni di M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 ss.

[34] Sull'istituto del silenzio dell'Amministrazione si rinvia, in generale, agli studi classici di F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, 1 ss.; S. Cassese, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1963, 30 ss.; nonché, più di recente, a V. Parisio, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2798 ss.

[35] Sulle caratteristiche del rito in questione si può rinviare ad A. Scognamiglio, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 450 ss.

[36] S. Caggegi, *L'esecuzione della pronuncia silenziosa*, in www.giustiziainsieme.it, 2020, evidenzia la particolarità della nomina del commissario *ad acta* nel rito avverso il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione: in questo caso si potrebbe parlare di “un’ottemperanza “anomala” o “speciale”, dove la specialità risiede nella circostanza per la quale si prescinde dal passaggio in giudicato della sentenza”.

[37] M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss., evidenzia, correttamente, come l'effetto conformativo della sentenza avverso il silenzio è pressoché nullo, limitandosi alla mera necessità di provvedere; l'attività richiesta al commissario risulta invece di tipo sostitutivo pieno, in un ambito di piena discrezionalità, non collegata alla decisione giudiziale se non per quanto attiene all'accertamento dell'obbligo di provvedere; della stessa opinione, anche se riferita alla disciplina antecedente al codice, è A. Travi, *Giudizio sul silenzio e nuovo processo amministrativo*, in *Foro it.*, 2002, III, 233 ss.; nonché v. ancora E. Cannada Bartoli, *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, 310 ss.; in tema si rinvia anche alle osservazioni di E. Sticchi Damiani, *Il giudice del silenzio come giudice del provvedimento virtuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1 ss.

[38] E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009, 1 ss., osserva, con riferimento al rito avverso il silenzio, che, qualora l'Amministrazione non provveda il giudizio di cognizione si estende “con una fase (non un giudizio autonomo) di esecuzione”; v. altresì F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 239 ss.; nonché, in generale, G.B. Garrone, *Silenzio della pubblica amministrazione (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1999, Vol. XIV, 191 ss.

[\[39\]](#) Sotto questo profilo ci si limita a rinviare a S. Caggegi, *L'esecuzione della pronuncia silenziosa*, cit.
