



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA INFORMATIZZATA E
DELLA COMUNICAZIONE PUBBLICA
CICLO XXVIII

GIUDICATO E OTTEMPERANZA

Settore scientifico disciplinare di afferenza
IUS/10

Presentata da: Alessandra Ponti

Coordinatore Dottorato: Prof. Felice Ancora

Tutor: Prof. Felice Ancora

Esame finale anno accademico 2015 – 2016
Tesi discussa nella sessione d'esame marzo – aprile 2017

CAPITOLO I

IL GIUDICATO

1. Nozione e caratteri.

Nella letteratura processualistica si suole identificare il giudicato con la decisione contenuta in un provvedimento giurisdizionale che abbia acquisito il carattere della stabilità e della definitività. La disciplina dell'istituto vede il suo fulcro nell'elaborazione interpretativa di alcune norme contenute nel codice civile ed in quello di rito (si tratta, in particolare, delle disposizioni di cui agli articoli 2909 del cod. civ. e 324 del cod. proc. civ.), che ne definiscono i caratteri essenziali.

Sebbene i limiti all'interpretazione siano positivamente stabiliti nel sistema di giustizia civile, altrettanto non può dirsi in riferimento al diritto amministrativo, in quanto nessuna norma, di diritto sostanziale o processuale, stabilisce i caratteri del giudicato.

L'assenza, nel codice del processo amministrativo o in leggi speciali, di una definizione normativa *ad hoc* di 'giudicato' rende, pertanto, necessario il confronto con gli istituti del giudicato in senso formale e del giudicato in senso sostanziale, rispettivamente ricavabili dall'articolo 324 del codice di procedura civile e dall'articolo 2909 del codice civile.

Giova, inoltre, rilevare come la possibilità, in astratto, di mutuare i principi elaborati dalla dottrina civilistica e processualcivilistica all'interno del giudizio amministrativo¹ sia suscettibile di trovare fondamento nella disposizione di cui all'articolo 39, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010² che, tramite la tecnica del rinvio esterno, consente di attingere la disciplina degli istituti non espressamente regolamentati dal codice del processo amministrativo direttamente dal codice di procedura civile, in quanto compatibili. Ed è proprio la vigenza di una clausola di compatibilità che determina la

¹ Cfr. C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giur. It.*, 2016, 2721 s.; ID., *I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria. Il commento*, in *Urb. app.*, 2016, 12, 1393 s.; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*¹⁰, Roma, 2016, 2103; R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*², Assago, 2013, 1897 ss..

² «Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

necessità di vagliare la fattibilità dell'estensione al giudicato amministrativo delle due declinazioni ascrittegli nel sistema di giustizia civile³.

2. Il giudicato civile.

Ai sensi dell'articolo 324 del codice di procedura civile, il provvedimento acquista autorità di cosa giudicata formale quando non è più impugnabile, in quanto tutti i mezzi di impugnazione ordinari previsti dal legislatore siano stati esperiti, o i termini per la rispettiva proposizione siano decorsi.

Il passaggio in giudicato non impedisce, tuttavia, la proposizione delle impugnazioni straordinarie⁴.

Con il decorso dei termini per le impugnazioni ordinarie si verifica, pertanto, la cosiddetta 'intangibilità' del giudicato.

L'articolo 2909 del codice civile disciplina, invece, gli effetti sostanziali del giudicato, stabilendo che l'accertamento contenuto nella sentenza definitiva fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Il giudicato può essere esterno, qualora si formi in altro giudizio tra le stesse parti; interno, ovvero nell'alveo dello stesso processo, ove vi sia stata una sentenza parziale produttiva di effetti vincolanti, od uno specifico capo non impugnato della sentenza, capace di comportare una parziale soccombenza della parte con conseguente necessità della relativa impugnazione.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il giudicato esterno ha la medesima autorità di quello interno, perseguendo entrambi il fine di eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche e di garantire la stabilità delle decisioni⁵.

L'eccezione di giudicato esterno è, al pari di quella di giudicato interno, rilevabile d'ufficio dal giudice⁶, anche nel giudizio di cassazione, purché risulti *ex actis*⁷.

La portata del giudicato esterno va definita dal giudice del merito sulla base di quanto stabilito nel dispositivo della sentenza e, eventualmente, nella motivazione che la sorregge, potendosi far riferimento, in funzione interpretativa, alla domanda della parte

³ Cfr. F. FOGGIA, *Il giudicato a formazione progressiva. Perimetro applicativo e limiti del giudizio di ottemperanza*, sul portale neldiritto.it.

⁴ Il riferimento è alla revocazione straordinaria ed all'opposizione di terzo.

⁵ Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 27 ottobre 2014, n. 22745.

⁶ Cfr. Cassazione civile, III Sezione, 16 marzo 2010, n. 6326.

⁷ Cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, ordinanza 18 gennaio 2016, n. 691, secondo la quale «l'esistenza di un giudicato, anche esterno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo»; nello stesso senso, cfr. Cassazione civile, Sezione tributaria, 30 dicembre 2011, n. 30780.

solo in via residuale qualora, all'esito dell'esame degli elementi dispositivi ed argomentativi di diretta emanazione giudiziale, persista un'obiettiva incertezza sul contenuto della statuizione⁸.

Il giudicato sostanziale ha, inoltre, dei limiti, soggettivi ed oggettivi.

Sotto il primo profilo, da una lettura *a contrario* dell'articolo 2909 del codice civile si evince che le statuizioni contenute nella sentenza passata in giudicato non estendono i loro effetti – e non sono vincolanti – per i soggetti rimasti estranei al giudizio, anche nel caso in cui il terzo sia un litisconsorte necessario pretermesso⁹.

Il giudicato può, tuttavia, avere un'efficacia riflessa, nel senso che la sentenza, come affermazione oggettiva di verità, produce conseguenze giuridiche nei confronti di soggetti rimasti estranei al processo in cui è stata emessa, ove questi siano titolari di un diritto dipendente dalla situazione definita in quel processo, o comunque di un diritto subordinato a tale situazione, con la conseguenza reciproca che l'efficacia del giudicato non si estende a quanti siano titolari di un diritto autonomo rispetto al rapporto giuridico definito con la prima sentenza¹⁰.

Sotto il profilo oggettivo, i limiti devono essere individuati sulla base degli elementi costitutivi dell'azione, rappresentati dal titolo (*causa petendi*) e dal bene della vita che ne forma l'oggetto, poiché soltanto entro questi limiti il giudicato copre il dedotto e il deducibile, e cioè non solo le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte le altre – proponibili sia in via di azione, sia di eccezione – le quali, sebbene non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro comune inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente svolte (giudicato implicito)¹¹.

I limiti oggettivi del giudicato possono, tuttavia, estendersi oltre la *causa petendi* e il *petitum* della domanda originaria quando la domanda riconvenzionale, o l'eccezione del convenuto, amplii l'oggetto del giudizio, o laddove una situazione giuridica sia comune a più cause tra le medesime parti, per cui la soluzione delle questioni di fatto o di diritto ad essa relative in una delle cause faccia stato nelle altre in cui la stessa rilevi¹².

⁸ Cfr. Cassazione civile, I Sezione, 20 novembre 2014, n. 24749; D. SALARI, *Il giudicato sostanziale. Art. 2909*, in *Codice civile. Collana 'I codici commentati Giuffrè'*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2016, p. 3817.

⁹ Cfr. Cassazione civile, II Sezione, 25 ottobre 2013, n. 24165, sul portale *dejure.it*.

¹⁰ Cfr. Cassazione civile, Sezione lavoro, 19 marzo 2013, n. 6788, sul portale *dejure.it*.

¹¹ Cfr. Cassazione civile, II Sezione, 3 febbraio 2017, n. 2936; Sezioni Unite, ordinanza 18 gennaio 2016 n. 691, entrambe sul portale *dejure.it*.

¹² Cfr. Cassazione civile, III Sezione, 6 marzo 2014, n. 5245, sul portale *dejure.it*.

3. Il giudicato amministrativo.

Volgendo, in primo luogo, l'attenzione alla nozione di giudicato in senso formale, sembra che l'articolo 324 del codice di procedura civile possa adattarsi alla concezione di giudicato propria del sistema di giustizia amministrativa senza eccessive difficoltà interpretative.

Come noto, la letteratura processualcivile individua la nozione di giudicato in senso formale nella pronuncia che ha acquistato definitiva stabilità, in quanto non più soggetta ad impugnazione nelle forme ordinarie. Anche nel sistema di giustizia amministrativa, il concetto di giudicato formale indica l'intangibilità della pronuncia giudiziale, derivante dalla non esperibilità nei suoi confronti dei cosiddetti mezzi di impugnazione ordinari¹³.

Il passaggio in giudicato della sentenza non impedisce, anche in questo caso, la proposizione delle impugnazioni straordinarie¹⁴.

Ebbene, se non si riscontrano particolari difficoltà interpretative nel definire il giudicato amministrativo dal punto di vista formale mediante il riferimento alle definizioni elaborate nel processo civile, altrettanto non sembrerebbe potersi sostenere in relazione all'applicazione dell'articolo 2909 del codice civile.

Un'attenta dottrina ha rilevato come il primo ostacolo all'accoglimento di tale nozione nell'ambito del diritto processuale amministrativo sia di tipo normativo¹⁵.

L'articolo 39, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010, nel consentire il rinvio esterno, fa riferimento alle sole «disposizioni del codice di procedura civile» e, di conseguenza, sembrerebbe tralasciare norme di carattere processuale *aliunde* rinvenibili.

Secondo tale impostazione, dunque, la disposizione di cui all'articolo 2909 del codice civile non potrebbe fare ingresso nel sistema di giustizia amministrativa per il tramite della facoltà di rinvio esterno contenuta nel codice del processo amministrativo. Ed infatti, ove il legislatore avesse inteso consentire il transito di qualunque istituto proprio della procedura civile nell'ambito del diritto processuale amministrativo, avrebbe fatto riferimento espresso alle norme processuali, piuttosto che alle disposizioni del codice di procedura civile in quanto applicabili.

¹³ Per quanto riguarda le sentenze del Consiglio di Stato, suscettibili di ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione e di revocazione ordinaria, il passaggio in giudicato ha luogo quando decorrono i termini per la proposizione di tali rimedi.

¹⁴ revocazione straordinaria ed opposizione di terzo.

¹⁵ Cfr. F. FOGGIA, *Il giudicato a formazione progressiva. Perimetro applicativo e limiti del giudizio di ottemperanza*, cit., *passim*.

Si è sostenuto, peraltro, come sia la stessa giurisprudenza amministrativa a riconoscere, nel richiamare la nozione di giudicato sostanziale, significative eccezioni al principio enunciato dalla disposizione civilistica.

La deroga più importante sarebbe individuabile, in particolare, in materia di atti a contenuto inscindibile, di atti generali e di atti normativi, rispetto ai quali l'accertamento contenuto nella pronuncia giudiziale è idoneo a far stato anche nei confronti di soggetti che non siano parti del giudizio di annullamento¹⁶.

Al riguardo, invero, la giurisprudenza ha elaborato la distinzione tra provvedimento amministrativo divisibile (cosiddetto plurimo) e provvedimento amministrativo indivisibile (cosiddetto ad effetto inscindibile).

Sono definiti inscindibili i provvedimenti che, riguardando una pluralità di persone, non possono essere idealmente scissi in una serie di distinte ed autonome determinazioni, tante quante sono le persone interessate. Tali provvedimenti (ad esempio, la graduatoria concorsuale) hanno efficacia *ultra partes* e, pertanto, nel caso di annullamento degli stessi, il giudicato, conseguito da uno dei destinatari dello stesso, giova anche agli altri, ancorché non abbiano proposto impugnazione¹⁷.

Al fine di sostenere il carattere eccezionale di tale estensione della legittimazione attiva, la giurisprudenza ha individuato dei requisiti molto rigorosi perché l'azione potesse non essere dichiarata inammissibile.

Tali requisiti, in particolare, sono stati così individuati: il giudizio di ottemperanza deve avere ad oggetto un giudicato che abbia annullato un provvedimento

¹⁶ Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*³, Torino, 2003; Consiglio di Stato, III Sezione, 20 aprile 2012, n. 2350 sul portale giustizia-amministrativa.it, ai sensi del quale «la decisione di annullamento, che per i limiti soggettivi del giudicato esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa, acquista efficacia *erga omnes* solo nei casi in cui gli atti impugnati siano a contenuto generale inscindibile ovvero a contenuto normativo, nei quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri».

¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, III Sezione, 20 aprile 2012, n. 2350, sul portale giustizia-amministrativa.it, ai sensi del quale «Lo specifico principio finora esposto, si inquadra armonicamente con il più generale orientamento giurisprudenziale secondo il quale (...) «la decisione giurisdizionale di annullamento di un provvedimento amministrativo - che per i limiti soggettivi del giudicato esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa - acquista efficacia *erga omnes* solo nei casi in cui gli atti impugnati siano a contenuto generale inscindibile, ovvero a contenuto normativo, nei quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri»; si veda anche Consiglio di Stato, V Sezione, 17 settembre 2008, n. 4390, e Consiglio di Stato, IV Sezione, 7 novembre 2000, n. 5972, sul portale giustizia-amministrativa.it, per cui «si deve ritenere che il principio di efficacia *erga omnes* delle pronunce del Giudice amministrativo trovi applicazione solo nelle ipotesi in cui si tratti dell'annullamento di atti normativi secondari o amministrativi generali, ossia atti rivolti a destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori; soltanto in tali casi, infatti, l'efficacia delle decisioni giurisdizionali si sottrae ai limiti soggettivi del giudicato amministrativo».

amministrativo, in senso favorevole all'originario ricorrente; la legittimazione dei terzi estranei deve inerire al solo profilo cassatorio del giudicato; il giudicato deve incidere su un atto indivisibile che, oltre ad essere caratterizzato da una pluralità di destinatari, abbia un contenuto inscindibile sicché non possa essere scisso in distinte ed autonome determinazioni, oppure su un atto collettivo, che, parimenti, non possa essere ritenuto, all'esito del giudicato di annullamento, esistente per taluni o inesistente per altri¹⁸.

Sono, invece, qualificati divisibili i provvedimenti che, riguardando una pluralità di destinatari, possono idealmente essere suddivisi in tutta una serie di provvedimenti amministrativi contestuali, riguardanti direttamente i vari soggetti interessati¹⁹.

E così, la dottrina qui discussa giunge alla conclusione per cui il carattere della riferibilità *inter partes* del giudicato amministrativo derivi dalla natura e dalla latitudine dell'efficacia del provvedimento oggetto di annullamento e non costituisca, invece, un portato proprio del giudicato amministrativo²⁰.

Secondo la suddetta impostazione, dunque, si potrebbe rinunciare a rintracciare una definizione del giudicato in senso sostanziale valida per il diritto amministrativo tentando di ricondurla agli stretti limiti previsti per il sistema di giustizia civile: non vi sarebbero, infatti, norme che impongano all'interprete di rifarsi alla nozione processualcivile di giudicato sostanziale per cui l'interpretazione dovrebbe essere inevitabilmente condotta in forma autonoma.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono, tuttavia, concordi nel ritenere che il principio generale sia che la sentenza del giudice amministrativo abbia valore di giudicato soltanto tra le parti che hanno preso parte al processo o che, comunque, siano state poste in condizione di parteciparvi, con la conseguenza che il giudicato non si estende ai soggetti che versino nella stessa condizione del ricorrente (cointeressati), ma che abbiano omesso di proporre ricorso nei termini.

¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 18 novembre 2013, n. 549, sul portale giustizia-amministrativa.it; M. FOSFORO, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 3, 667 s.

¹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 maggio 2006, n. 8, sul portale giustizia-amministrativa.it, ai sensi del quale «Nell'ipotesi di atto plurimo, e come tale divisibile, la relativa impugnazione ad opera di singoli interessati assuntisi lesi dall'atto plurimo medesimo investe soltanto la parte di interesse di ciascun ricorrente che ha proposto l'impugnativa; conseguentemente, l'eventuale giudicato di annullamento riconducibile alla sentenza del tribunale amministrativo non impugnata investe (gli eventuali atti conseguenti specificamente gravati e) quella sola parte dell'atto plurimo concernente ciascun ricorrente, delimitata dall'interesse di quest'ultimo»; M. FOSFORO, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, cit., *passim*.

²⁰ Cfr. F. FOGGIA, *Il giudicato a formazione progressiva. Perimetro applicativo e limiti del giudizio di ottemperanza*, cit., *passim*.

In questa prospettiva, l'articolo 2909 del codice civile troverebbe applicazione anche nell'ambito del sistema di giustizia amministrativa, salvi i temperamenti in materia di provvedimenti a contenuto inscindibile e di atti normativi.

Per ragioni di completezza, si rende, inoltre, opportuno dare conto della tesi, di conio dottrinale, secondo la quale il giudicato materiale, inteso come idoneità di una pronuncia giudiziale a produrre effetti nella realtà extraprocessuale e, specificamente, sul terreno sostanziale, si caratterizzi non solo per la produzione di effetti sul campo del diritto materiale, ma anche per la determinazione della disciplina del rapporto intercorrente fra le parti del processo²¹. In questa prospettiva, l'articolo 2909 del codice civile risulterebbe applicabile alle sole controversie tra parti in posizione paritetica, essenzialmente concernenti diritti soggettivi²².

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa esposta.

Le sentenze di annullamento pronunciate dal giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità non sarebbero suscettibili di giudicato materiale, in quanto si limiterebbero alla caducazione del provvedimento impugnato, senza determinare, o stabilire, la disciplina del rapporto tra ricorrente ed amministrazione resistente (giudizio cosiddetto rescindente). Ed infatti, la decisione di accoglimento del ricorso produrrebbe, oltre all'effetto demolitorio, il solo effetto di preclusione in ordine all'esercizio del potere mediante ripetizione dei vizi riscontrati. Si è parlato, al riguardo, di idoneità dell'effetto preclusivo a segnare i limiti di legittimità della successiva condotta dell'amministrazione.

L'orientamento sopra richiamato non può essere condiviso per le ragioni che si vanno, di seguito, ad esporre.

L'idea che il giudicato materiale si caratterizzi per il determinare la disciplina del rapporto tra le parti (e che ciò emerga dall'articolo 2909 del codice civile) e, pertanto, sia rilevabile con riguardo alle sole sentenze che si pronuncino su domande giudiziali volte alla protezione di diritti soggettivi è strettamente correlata all'enunciazione secondo cui il giudicato materiale sulle sentenze pronunciate dal giudice amministrativo

²¹ Cfr. determinazione della disciplina del rapporto fra le parti che, per l'influenza della sistematica chiovendiana, spesso viene identificata con l'attribuzione, ad una di esse, di un determinato bene della vita.

²² Cfr. C. CALABRÒ, voce *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.

nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità sia un'entità del tutto diversa ed allo stesso non paragonabile²³.

Si è sostenuto, al riguardo, che, per le sentenze di annullamento di un provvedimento amministrativo, la cosa giudicata sia una realtà inafferrabile e dai contorni imprecisi, inscindibilmente condizionata dalla titolarità di poteri autoritativi e dalla particolare funzione – il perseguimento dell'interesse pubblico predeterminato dalla legge – che il diritto sostanziale assegna alla parte pubblica intimata in esito ad un giudizio di impugnazione. Nell'ottica delineata, le sentenze di annullamento del giudice amministrativo non potrebbero, senza invadere spazi riservati ad altra funzione, delineare in modo stabile e definitivo l'assetto materiale del rapporto tra le parti del processo.

La questione merita, in realtà, una più approfondita riflessione, anche alla luce dell'evoluzione interpretativa consacrata nel nuovo codice del processo amministrativo.

Innanzitutto, le norme della Costituzione che concernono la giurisdizione sanciscono la strumentalità del processo, tanto civile quanto amministrativo, alla protezione effettiva di situazioni giuridiche soggettive, siano esse diritti soggettivi od interessi legittimi, enucleabili sulla base del diritto sostanziale.

L'omologazione di situazioni giuridiche soggettive eterogenee e l'idea che il giudicato materiale non possa connotarsi diversamente in ragione delle specificità delle une rispetto alle altre appaiono, rispettivamente, il presupposto e l'effetto dell'accoglimento di una visione del processo – e, segnatamente, dell'azione – in ottica di eguaglianza formale.

In realtà, l'adesione ad una tesi siffatta tradirebbe lo stesso impianto costituzionale che, nel delineare due situazioni giuridiche soggettive distinte, esclude la correttezza di ogni sforzo diretto a realizzarne la *reductio ad unitatem*²⁴.

A ciò si aggiunga che il codice del processo amministrativo, consacrando una lunga elaborazione giurisprudenziale, ha introdotto il principio della pluralità delle azioni e trasformato il processo, anche attraverso il potenziamento dei mezzi istruttori che consentono l'accesso al fatto, da 'giudizio sul provvedimento' adottato dal soggetto pubblico nell'esercizio di un potere conferitogli dalla legge a 'giudizio sul rapporto'.

²³ Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 7 ss.; secondo L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*², a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 4431 ss., «quando la sentenza è resa nell'ambito della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, si pongono questioni non paragonabili a quelle proprie del processo civile. Il processo amministrativo presenta angolazioni del tutto proprie, il che rileva per quanto riguarda sia gli aspetti «soggettivi» del giudicato che quelli «oggettivi» (...)».

²⁴ Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 65 ss.

Sino a quel momento, infatti, il modello impugnatorio del processo era cristallizzato nell'articolo 45 del r.d. n. 1054/1924, ai sensi del quale il ricorso poteva essere proposto avverso 'atti e provvedimenti' e, in caso di suo accoglimento, il Consiglio di Stato poteva annullare «l'atto o il provvedimento, salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa».

Il privato, dunque, nel sistema impugnatorio classico, non vedeva tutelata la propria posizione sostanziale, dovendo il giudice amministrativo soltanto verificare che non vi fosse stato un uso arbitrario del potere pubblico da parte dell'amministrazione, senza soffermarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio.

In un sistema imperniato su una rigida tipicità delle forme di tutela, l'unica azione concessa era quella di annullamento del provvedimento alla stregua dei vizi riscontrati sulla base di un controllo estrinseco che, in omaggio al principio di separazione dei poteri, non consentiva una sostituzione nella verifica della spettanza del bene della vita richiesto.

Ne conseguiva che il soddisfacimento dell'interesse del privato fosse subordinato al riesercizio del potere amministrativo che, ove affetto da profili di illegittimità non toccati dal giudicato, avrebbe innescato un successivo giudizio di cognizione, con scarse garanzie di effettività della tutela apprestata.

Il legislatore del 2010 ha accolto l'esigenza, da tempo espressa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di ampliare le tecniche di tutela in favore del privato cittadino.

Depone in tal senso l'articolo 1 del d.lgs. n. 104/2010, ai sensi del quale «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale diviene, quindi, standard europeo di tutela minimale e, anche alla luce dell'ampliamento dell'oggetto del processo amministrativo (cfr. articolo 7, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010), si impone alla stregua dell'emersione di nuovi modelli processuali di controllo del potere amministrativo per il soddisfacimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo (o al diritto soggettivo nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva) fatto valere in giudizio.

In quest'ordine di idee, sono oggi ammesse, oltre all'azione di annullamento, anche le azioni tipiche di risarcimento del danno (articolo 30 del codice del processo amministrativo), di accertamento della nullità (articolo 31, comma 4, dello stesso codice), di condanna in tema di silenzio-inadempimento (articolo 31, commi 1, 2 e 3 del codice), di adempimento (articolo 34, comma 1, lettera c), del codice).

Dal disposto letterale dell'articolo 30, comma 1, sopra richiamato si ricaverebbe, inoltre, l'ammissibilità di una più generale azione di condanna atipica all'adozione di atti vincolati, stante la previsione di cui al successivo articolo 31, comma 3, ai sensi del quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». Tuttavia, sebbene sia sempre più pregnante l'esigenza di concludere il processo con l'adozione di una sentenza che sia soddisfattiva della pretesa azionata, ciò non implica che il giudice possa invadere sfere di attribuzione riservate all'amministrazione (articolo 34, comma 2, primo periodo).

Il quadro così delineato trova il punto di chiusura nei poteri attualmente riconosciuti al giudice dell'ottemperanza che, attraverso l'esercizio di una giurisdizione di merito, è preposto non soltanto alla mera esecuzione della sentenza di cognizione, ma all'interpretazione, specificazione, integrazione del *decisum* nell'ottica di una statuizione progressiva, aderente alle sopravvenienze giuridicamente rilevanti e completa della regola del caso concreto. L'azione per ottemperanza diviene, per tale via, lo strumento idoneo a dare luogo ad un 'giudizio rescissorio', mediante il quale il giudice può addirittura determinare il contenuto del provvedimento amministrativo od emanare lo stesso in luogo dell'amministrazione inadempiente (cfr. articolo 114, comma 4, lettera a), del cod. proc. amm.).

Alla luce delle argomentazioni che precedono, è agevole concludere che l'interesse legittimo non rilevi come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso giurisdizionale, né si risolva in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé, oggetto di sindacato del giudice attraverso il filtro dei motivi di ricorso. Esso si rivela quale posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo ed inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione, a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio²⁵.

A fronte dei poteri di accesso al fatto oggi riconosciuti al giudice amministrativo, il sindacato compiuto sulla domanda di annullamento può giungere, a seconda della natura dell'attività amministrativa esercitata, fino all'accertamento pieno del rapporto dedotto in giudizio, oltre i limiti individuati dal tenore letterale del provvedimento. Ed è

²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3, sul portale giustizia-amministrativa.it.

proprio la natura, vincolata o discrezionale, dell'attività amministrativa a condizionare, infatti, la consistenza dei poteri esercitabili dal giudice amministrativo.

4. Questioni pregiudiziali e questioni preliminari di merito.

Nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice.

Poiché il ricorso non è mera 'occasione' del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, il controllo sulla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

L'eventuale reiezione della domanda per 'ragioni processuali', collegate alla riscontrata carenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione, non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente 'formale'. Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente congruente con le regole costituzionali in materia di tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo²⁶.

La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari costituisce, peraltro, una espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo. Ed infatti, l'articolo 76, comma 4, stabilisce che «si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma 2, del codice di procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile».

Il richiamato articolo 276, comma secondo, prevede che «il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa».

Si tratta, del resto, di una regola di giudizio ritenuta pacificamente applicabile al processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore del codice.

La giurisprudenza ha, infatti, chiarito come le questioni inerenti ai presupposti processuali della giurisdizione e della competenza (oggi divenuta inderogabile) debbano essere risolte prioritariamente non solo rispetto al merito della causa, ma – per

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4, sul portale giustizia-amministrativa.it.

considerazioni di ordine logico – anche rispetto ad eventuali ulteriori questioni pregiudiziali. Con la declaratoria di difetto di giurisdizione, invero, il giudice definisce e chiude il giudizio, con la conseguenza che le considerazioni di merito ovvero quelle attinenti ad altre questioni pregiudiziali, ma logicamente posposte a quelle della giurisdizione, che comunque egli abbia svolto, restano irrimediabilmente fuori dalla decisione, non tanto perché non trovano sbocco nel dispositivo, che potrebbe al limite considerarsi integrabile con la motivazione, quanto per l'assorbente ragione che dette valutazioni provengono da un giudice che, con la declaratoria (pregiudiziale sotto il profilo logico) di difetto di giurisdizione, si è già spogliato della *potestas iudicandi* in relazione alla fattispecie controversa.

In conseguenza di ciò il Consiglio di Stato (sez. V, 1° marzo 2010, n. 1156) ha ritenuto ammissibile l'impugnazione rivolta alla sola statuizione pregiudiziale, mentre ha ritenuto inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta ad *abundantiam* nella sentenza gravata.

Come chiarito dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, le sentenze che risolvono questioni pregiudiziali e preliminari (quali quelle che pronunciano sulla giurisdizione²⁷, competenza, ricevibilità, ammissibilità e procedibilità dell'azione) hanno carattere decisorio e sono suscettibili di produrre la cosa giudicata, anche per quanto attiene al giudicato implicito²⁸.

Viceversa, gli altri provvedimenti che, pur rivestendo la forma di sentenza, sono emanati a fini ordinatori del processo o a fini istruttori non hanno carattere decisorio e non sono suscettibili di passare in giudicato, né di determinare il giudicato implicito. Si pensi ai provvedimenti con i quali sia disposta la riunione di più ricorsi, o l'integrazione del contraddittorio.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze non definitive di merito, rese su 'questioni', giova fare ricorso all'articolo 310, comma 2, del codice di

²⁷ Si ritiene che la decisione sulla questione di giurisdizione attenga al merito (decidendo questioni pregiudiziali di merito) e sia idonea ad acquisire autorità di cosa giudicata sostanziale, considerato che il giudice effettua un accertamento in ordine alla consistenza della situazione giuridica soggettiva azionata, valido a consentire il radicarsi, o meno, del rispettivo potere di decidere la controversia. Ai sensi dell'articolo 310, comma 2, del codice di procedura civile, applicabile nel processo amministrativo in ragione del rinvio esterno di cui all'articolo 39, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010, la decisione sulla giurisdizione, al pari delle pronunce che regolano la competenza, sopravvive all'estinzione del processo. Si è altresì ritenuto sentenze di tale specie siano produttive non solo di giudicato interno, ma anche di una preclusione all'ulteriore riproposizione della stessa domanda tra le stesse parti.

²⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 giugno 1990, n. 5, sul portale giustizia-amministrativa.it.

procedura civile, che si ritiene norma di diritto processuale comune e rileva in termini generali, sia perché mostra che il diritto positivo attribuisce effetti extraprocessuali anche a sentenze di merito che non sono pronunce sulla fondatezza della domanda proposta da chi agisce in giudizio, sia perché impone di utilizzare, quale criterio per individuare le pronunce idonee a produrre effetti di tale portata, quello che poggia sul contenuto del loro accertamento.

Se il processo amministrativo si estingue, la sopravvivenza ad esso delle decisioni non definitive che risolvono questioni di fatto o di diritto produce effetti extraprocessuali, vincolando i giudici di futuri processi ad attenersi all'accertamento in esse contenuto e precludendo loro di assumere decisioni che possano vanificarne il contenuto. E tale accertamento è altresì suscettibile di produrre effetti sostanziali nei confronti dell'amministrazione, la quale, nell'esercitare i poteri di cui è titolare, non potrà non tenerne conto e sarà legittimata a svincolarsi solo ove sopravvengano nuove circostanze, di fatto o di diritto, che consentano di ritenerlo non più attuale.

Tale configurazione risulta di fondamentale importanza in tema di giudizio di ottemperanza e di presupposti per la sua instaurazione. Ed infatti, esso ben potrà essere promosso nell'ipotesi di violazione od elusione dell'accertamento espresso in una sentenza non definitiva di merito²⁹.

5. Sull'estensione oggettiva del giudicato amministrativo.

La difficoltà di contenere la definizione di giudicato amministrativo in una formulazione unica deriva dalla disomogeneità delle situazioni giuridiche soggettive che si pongono alla base del giudizio amministrativo.

Al riguardo, è sufficiente rammentare i casi di giurisdizione esclusiva per rendersi conto che oggetto del giudizio amministrativo possano essere diritti soggettivi e non solo interessi legittimi; e che tali situazioni soggettive possano essere ripartite in numerose tipologie, ognuna con differente consistenza.

Tale diversità di situazioni giuridiche poste a fondamento del giudizio amministrativo conduce ad una diversità di definizioni quanto agli effetti del giudicato: in tal senso, infatti, la latitudine e gli effetti del giudicato possono variare, passando da

²⁹ Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 111 ss.; Sull'importanza del momento accertativo delle sentenze del giudice amministrativo cfr. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, *passim*.

effetti tipicamente demolitori ad effetti ripristinatori, preclusivi o conformativi³⁰ ai quali, anche in ragione dell'ampliamento del novero delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo, vanno ad aggiungersi, a seconda del tipo di azione, effetti ordinatori, sanzionatori e dichiarativi

Deve, però, osservarsi come tali effetti del giudicato si riferiscano unicamente a pronunce di accoglimento, nelle quali la decisione imprime una modificazione della realtà giuridica, mediante la caducazione di un provvedimento e l'individuazione di una *regula iuris* che vincoli l'amministrazione nell'esercizio della successiva attività amministrativa.

È corretto ritenere che diano luogo a giudicato sostanziale anche le statuizioni di rigetto, sotto il profilo dell'accertamento di legittimità di un determinato provvedimento, in termini di accertamento negativo di insussistenza dei vizi dedotti: se anche l'accertamento negativo costituisce giudicato, ne deriva il divieto per l'amministrazione di rimuovere in via di autotutela il provvedimento per vizi che il giudicato ha ritenuto insussistenti, mentre l'atto potrebbe essere rimosso per vizi diversi non dedotti in giudizio e su cui non si sia formato il giudicato³¹.

In tal senso, c'è anche chi ha ritenuto che, nel caso di pronunce di rigetto, non possa neanche dirsi che si formi un giudicato, in quanto non può ritenersi che si sia realizzata alcuna modifica della realtà extraprocessuale. Di conseguenza, l'eventuale illegittimità del provvedimento in questione potrebbe essere ancora dedotta e dichiarata, con riferimento a vizi ulteriori e diversi proposti dallo stesso ricorrente, o da terzi che abbiano interesse a dedurli³².

³⁰ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 389 ss.; A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*², a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 4617 ss., ai sensi del quale l'effetto di eliminazione (o ripristinazione) «si risolve nell'eliminazione *ex tunc* dell'atto amministrativo illegittimo: l'eliminazione è riferita generalmente all'atto, che verrebbe pertanto escluso dalla realtà giuridica, ferma restando però la sua rilevanza nella realtà storica. L'atto annullato, insomma, rilevarebbe solo come «accadimento», e non più come titolo di legittimazione di certi effetti giuridici. (...) L'effetto di ripristinazione comporta «la cancellazione (nei limiti del possibile) delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto dell'atto annullato»; si indirizza alla restaurazione della situazione precedente all'emanazione dell'atto annullato. Il fondamento dell'effetto di ripristinazione è ricondotto alla retroattività dell'annullamento: l'eliminazione dell'atto amministrativo *ex tunc* determina il venir meno di tale atto come titolo per una serie di effetti e di interventi e, di conseguenza, fa sorgere un obbligo di procedere alle relative restituzioni. (...) L'effetto di conformazione viene ricondotto, invece, alla regola affermata nella pronuncia di annullamento: l'annullamento di un provvedimento presuppone, in una logica negativa, l'accertamento di un vizio di legittimità e, perciò, in una logica positiva, l'affermazione di una regola sul corretto esercizio del potere rispetto a quella determinata situazione».

³¹ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*, cit., 1908 ss.

³² In tal senso, parte della dottrina ritiene che il giudicato amministrativo copra il dedotto, ma non anche il deducibile. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1799; in senso difforme, cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 1° agosto 2016, n. 3475; ID., V Sezione, 2 febbraio 2010, n. 438, entrambe sul portale dejure.it.

Giova, inoltre, rilevare che, secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa, il giudicato di rigetto del ricorso proposto per l'annullamento di un provvedimento amministrativo non attesterebbe la legittimità in assoluto dell'operato dell'amministrazione, ma piuttosto l'infondatezza delle specifiche censure dedotte dal ricorrente³³.

Per quanto attiene al profilo dell'estensione oggettiva, l'orientamento dominante della giurisprudenza amministrativa sostiene che il giudicato assuma connotati differenti a seconda del tipo di giurisdizione esercitata.

Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, il principio processualcivilistico, secondo il quale il giudicato copre il dedotto ed il deducibile non sarebbe pienamente applicabile, dal momento che, nel giudizio di impugnazione, esso si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui sia stata accertata la sussistenza (o l'insussistenza) sulla base dei motivi di ricorso. Viceversa, nell'opposta ipotesi di accoglimento del ricorso ed annullamento dell'atto impugnato, resta salva la potestà della pubblica amministrazione di rideterminarsi con il solo limite di non incorrere nei vizi già accertati in sede giudiziale³⁴.

Si rende, tuttavia, necessario dare conto della posizione assunta da altra parte della giurisprudenza amministrativa, ad avviso della quale il giudicato coprirebbe non soltanto le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite della decisione (il 'dedotto'), ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa. In questa prospettiva, dunque, il giudicato precluderebbe la proposizione di domande contemplate dalla intervenuta risposta giurisdizionale, ma non la prospettazione di domande completamente nuove, che anzi assumano il giudicato quale presupposto logico³⁵.

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, invece, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato sul rapporto controverso si estende, oltre che sulle questioni effettivamente proposte in giudizio (dedotto), anche su quelle deducibili in via di azione ed eccezione (deducibile).

Il giudicato amministrativo ha un contenuto complesso, non limitato agli effetti demolitori e ripristinatori della situazione precedente, ma ricomprensivo anche effetti

³³ Cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 28 maggio 2009, n. 3334, sul portale dejure.it.

³⁴ Cfr. T.A.R. Sardegna, I Sezione, 13 febbraio 2017, n. 102; Consiglio di Stato, IV Sezione, 1° agosto 2016, n. 3475, entrambe sul portale dejure.it.

³⁵ Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 2 febbraio 2010, n. 438, sul portale dejure.it.

conformativi rivolti al futuro, che si traducono in vincoli imposti all'amministrazione in sede di riedizione del potere amministrativo successivamente al *decisum* giurisdizionale.

Il codice del processo amministrativo sembrerebbe mostrare un *favor* per la concentrazione nell'alveo del giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato e che siano afferenti alla sua esecuzione.

Non pare, tuttavia, che tale *favor* possa spingersi fino al punto di poter affermare che qualsiasi provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, e che non sia soddisfacente della pretesa del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al solo giudice dell'ottemperanza. Infatti, ove il nuovo atto successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione del giudicato, ma autonomamente lesivo, poiché va a coprire spazi lasciati vuoti dal giudicato, l'azione corretta è quella del ricorso ordinario dinnanzi al giudice della cognizione: ma di ciò diremo più ampiamente nel secondo capitolo.

Il giudicato amministrativo si presenta in modo poliforme, a seconda delle situazioni giuridiche coinvolte e delle censure dedotte.

L'insegnamento tradizionale evidenziava, infatti, l'impossibilità per il giudice amministrativo di conoscere non soltanto il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, in quanto il giudizio di annullamento era teso a verificare soltanto la 'resistenza' dell'atto impugnato alle censure poste a base del ricorso, ma neppure il provvedimento nella sua globalità, considerato che la cognizione del giudice fosse limitata allo scrutinio delle censure mosse dal ricorrente.

L'evoluzione interpretativa che ha condotto ad accogliere la visione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto ha fatto sì che, ad oggi, il ricorrente che assuma di essere stato leso dall'azione amministrativa possa far valere nei confronti della stessa non soltanto mere censure formali, ma vizi più pregnanti, che afferiscono alla sussistenza dei presupposti per ottenere il bene della vita; la sua domanda, poi, può tendere ad opporsi ad un'azione della pubblica amministrazione (interesse oppositivo), oppure prospettare una pretesa (interesse pretensivo; in questo caso il ricorrente contemplerà censure di carattere sostanziale, tendenti a dimostrare la fondatezza della pretesa).

E dunque è altrettanto pacifico che la sentenza del giudice amministrativo si atteggi in modo differente a seconda che abbia ad oggetto una situazione oppositiva o una vera e propria pretesa, nonché a seconda del vizio accolto³⁶.

³⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, sul portale dejure.it.

È in questo quadro variegato che va posta e risolta la questione dell'annoverabilità nell'ambito del giudicato non solo del "dedotto" (ossia di ciò che espressamente è stato oggetto di contestazione ed esame), ma anche del "deducibile" (*id est*: ciò che, pur non espressamente trattato, si pone come presupposto o corollario indefettibile del *thema decidendum*).

Va premesso, peraltro, che la questione si può porre solo nei riguardi dell'attività oggetto di esame giudiziale, in quanto tale anteriore a quest'ultimo: infatti, l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza.

La questione si pone invece ove la riedizione del potere si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice.

Il principio generale è quello per cui, a seguito dell'adozione di una statuizione demolitoria (soprattutto ove incidente su un interesse cosiddetto 'pretensivo', volto cioè al rilascio di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato), la potestà di provvedere venga restituita nuovamente all'Amministrazione perché essa si ridetermini.

Come è noto, il principio di continuità dell'azione amministrativa e la tendenziale 'inesauribilità' del potere esercitato comporterebbe che l'amministrazione possa (e debba) riprovvedere in relazione alla 'res' attinta da un giudicato di annullamento. E soprattutto comporterebbe che ciò possa avvenire un numero non predeterminato di volte.

In linea di principio, quindi, nulla osterebbe a che, rideterminandosi, l'amministrazione sia libera di porre a sostegno del proprio convincimento elementi 'nuovi' non oggetto della propria antecedente delibazione vulnerata dal giudicato e, per tale via, riconfermi il contenuto dispositivo annullato.

È ben ovvio, tuttavia, che potendo l'amministrazione pronunciarsi un numero di volte in via di principio infinito sullo stesso affare, ove questa ogni volta ponesse a sostegno del 'nuovo' provvedimento fatti 'nuovi' (in quanto non precedentemente esaminati), verrebbe vanificata la portata accertativa e soprattutto conformativa di ogni decisione.

Ogni controversia sarebbe potenzialmente destinata a non concludersi mai con un definitivo accertamento sulla spettanza – o meno – del 'bene della vita' richiesto.

Si è posto, per tale via, il problema di impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all'originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato.

Come sostenuto da autorevole dottrina, lo scopo della teoria del giudicato è quello di estendere, compatibilmente con il quadro normativo vigente, la portata dei vincoli che sono posti in capo alla pubblica amministrazione per effetto della sentenza di accoglimento, di modo che un nuovo atto amministrativo non possa pregiudicare, nei limiti del possibile, il risultato favorevole ottenuto dal ricorrente³⁷.

Stante l'esigenza di conciliare le opposte esigenze della garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e della portata cogente del giudicato, il punto di equilibrio è stato individuato, in via interpretativa, imponendo all'amministrazione, dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo, di esaminare l'affare nella sua interezza, attraverso la deduzione, una volta per tutte, di tutte le questioni che ritenga rilevanti, non potendo tornare in seguito a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati³⁸.

È questa la teoria del cosiddetto 'one shot', rispetto alla quale il nostro ordinamento ha accolto una nozione 'temperata'.

Secondo il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, «in virtù del principio del 'one shot temperato', l'Amministrazione – a seguito dell'annullamento di un proprio atto – può rinnovarlo una sola volta, dovendo perciò riesaminare l'affare nella sua interezza e sollevando, una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, senza potere successivamente tornare a decidere in senso sfavorevole neppure in relazione a profili non ancora esaminati: tuttavia, detto principio non ha valore assoluto e, in particolare, non comporta che i fatti sopravvenuti non abbiano una rilevanza tale da escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata, all'esito di un eventuale nuovo e diverso iter, fondato su presupposti o modalità autonome»³⁹.

³⁷ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, *passim*.

³⁸ Cfr. R. AMADEO - D. GIANNINI, *Il giudizio di esecuzione*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. Caringella – M. Protto, Roma, 2011, 1160 s.

³⁹ Cfr. Consiglio di Stato, III Sezione, 14 febbraio 2017, n. 660, sul portale dejure.it; T.A.R. Sardegna, Cagliari, I Sezione, 18 giugno 2015, n. 880, sul portale dejure.it, secondo il quale «Nell'ordinamento italiano, non trova riconoscimento la teoria c.d. del 'one shot' (ammessa in altri ordinamenti), secondo cui l'Amministrazione può pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato; tale principio nel nostro ordinamento è stato «temperato», accordandosi all'Amministrazione due chances: l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale, che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della

Se la prima riedizione del potere è tendenzialmente ‘libera’, deve ritenersi che le eventuali ulteriori valutazioni che seguano ad un secondo giudicato demolitorio non possano giovare di materiale cognitivo prima non esaminato, né fondarsi su motivazione ‘diversa’. A seguito della pronuncia giudiziale, l’amministrazione resta titolare del potere di adottare un secondo provvedimento dal contenuto analogo a quello annullato, purché sia fondato su motivazioni diverse da quelle censurate dal giudice amministrativo, imperniate su valutazioni non esaminate da quest’ultimo nel corso del processo e, pertanto, non racchiuse nell’oggetto del giudicato. È altresì necessario che il secondo provvedimento non risulti adottato in elusione del giudicato, pena la nullità ai sensi dell’articolo 21-*septies* della L. n. 241/1990, rilevabile dal giudice dell’ottemperanza ai sensi dell’articolo 114, comma 3, lettera *b*), del codice del processo amministrativo⁴⁰.

Nell’ottica delineata, dunque, l’amministrazione potrà adottare un secondo provvedimento che, analogamente al primo oggetto di annullamento giurisdizionale, frustri le aspettative del soggetto privato; ma una tale facoltà potrà dirsi legittimamente esercitata soltanto ove si adducano effettive e plausibili ragioni a sostegno della scelta adottata, che non siano neanche implicitamente evocate nel provvedimento impugnato, né prese in considerazione dal giudice del merito⁴¹.

Il vincolo derivante dal giudicato non può, tuttavia, spingersi sino a determinare una vanificazione dell’effetto ‘restitutorio’: se l’amministrazione non potesse prendere in esame elementi ‘nuovi’ (in quanto degli stessi era stata omessa la valutazione, seppur esistenti, in quanto ignoti, ritenuti non utili, ecc.), o procedere a riesaminare quelli già deliberati (nuova prospettazione degli stessi fatti), il ‘remand’ verrebbe, infatti, privato di ogni utile funzione.

A sostegno dell’orientamento sopra esposto, è stata valorizzata, da un lato, la sempre maggiore ampiezza del sindacato del giudice amministrativo, dall’altro, l’obbligo di leale cooperazione gravante sulla pubblica amministrazione, la cui violazione può tradursi in elusione del giudicato, con conseguente nullità del provvedimento.

Ed invero, la graduale trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull’atto a giudizio sul rapporto, come abbiamo già visto nel precedente paragrafo, comporta l’espansione del giudicato oltre i limiti individuati dal tenore letterale del

vita, ma obbliga semplicemente l’amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza.», sul portale dejure.it. Negli stessi termini, cfr. T.A.R. Liguria, Genova, II Sezione, 5 giugno 2015, n. 541, sul portale dejure.it.

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 6 ottobre 2014, n. 4987, sul portale dejure.it.

⁴¹ Cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 887 ss.

provvedimento, per ricomprendere ogni aspetto della vicenda che sia stato anche implicitamente vagliato dal giudice amministrativo⁴².

In quest'ottica, l'obbligo per la pubblica amministrazione di dare attuazione alla statuizione giudiziale, se lascia margini di discrezionalità in sede di riesercizio del potere, non consente l'adozione di una seria indefinita di provvedimenti negativi, adottati sulla base di motivazioni sempre diverse. L'amministrazione è tenuta ad esprimere le proprie considerazioni definitive in sede di riedizione, senza poter successivamente indicare ulteriori e diverse ragioni a sostegno del proprio diniego per rispettiva consumazione del potere di provvedere.

Dall'affermazione di cui sopra discendono due importanti precipitati.

Da un lato, chi agisca per l'annullamento del secondo provvedimento avrà la facoltà di proporre contestualmente azione di adempimento ai sensi dell'articolo 34, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, stante l'esaurimento di ogni residuo spazio di discrezionalità⁴³.

Dall'altro, ogni atto successivamente adottato sulla base di ragioni ulteriori sarà affetto da radicale nullità per elusione del giudicato, rilevabile in sede di ottemperanza.

Sul punto è recentemente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha stabilito che, pur non potendo escludersi in via generale la rivalutazione di fatti o situazioni che, esplicitamente od implicitamente, siano stati oggetto di esame da parte del giudice della cognizione, la riedizione del potere amministrativo debba essere soggetta a precisi limiti e vincoli, fondati sull'esigenza di dare esecuzione secondo buona fede alla decisione giurisdizionale. In altri termini, una nuova operazione valutativa deve costituire l'eccezione, determinata dalla constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente e non l'espressione di una gestione ondivaga e contraddittoria del potere, con pregiudizio dei principi costituzionali del buon andamento dell'attività amministrativa e di leale ed imparziale esercizio del *munus publicum* (articolo 97 della Costituzione)⁴⁴.

In questa cornice interpretativa, si inserisce altresì un recente, fondamentale, arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La pronuncia è stata resa in sede di ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato che aveva definito il giudizio promosso da un gruppo di docenti universitari, a

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3, sul portale giustizia-amministrativa.it; ID., 29 luglio 2011, n. 15, sul portale dejure.it.

⁴³ Cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 888 s.

⁴⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, cit..

vario titolo curatori di una rivista giuridica ritenuta periodico non di eccellenza (e, quindi, non inserita dal Consiglio direttivo dell'ANVUR nella lista delle riviste scientifiche di area giuridica della classe A, ai fini dell'abilitazione scientifica nazionale di cui alla legge 30 dicembre 2010, n. 240 e per la formazione delle Commissioni nazionali di cui al decreto ministeriale 7 giugno 2012, n. 76). In particolare, la materia del contendere concerneva la identificazione ed applicazione, rispetto alla rivista in argomento, dell'indice (rating) di scientificità di una rivista giuridica, agli effetti della valutazione e inclusione (o meglio: non inclusione) nella classe (o fascia) A di cui al citato decreto ministeriale 7 giugno 2012, n. 76, allegato B, che ricomprende quelle «riconosciute come eccellenti a livello internazionale per il rigore delle procedure di revisione e per la diffusione, stima e impatto nelle comunità degli studiosi del settore, indicati anche dalla presenza delle riviste stesse nelle maggiori banche dati nazionali e internazionali».

A seguito di un'articolata vicenda giudiziaria, conclusasi in sede di appello con l'annullamento del provvedimento di classificazione della rivista per mancata predeterminazione dei criteri da porre a fondamento delle determinazioni dell'amministrazione, l'ANVUR, in fase di riesercizio del potere, ne aveva confermato la collocazione nell'ambito della classe B⁴⁵.

L'ANVUR aveva rinnovato le proprie determinazioni negative ancora una volta in assenza dei canoni tecnici predeterminati, ovvero dei 'preregolati canoni e metodi di analisi oggettivi' richiamati dalla sentenza di cognizione.

Il Consiglio di Stato, adito in sede di ottemperanza, ha accolto il ricorso ritenendo la delibera ANVUR viziata per contrasto con il vincolo conformativo discendente dal giudicato.

Il Consiglio di Stato ha poi escluso che all'amministrazione potesse essere consentito di emanare provvedimenti plurimi, in ordine alla classificazione della rivista, ritenendo tale ipotesi in contrasto con i principi di garanzia e di efficienza amministrativa e di effettività della portata obbligatoria del giudicato; da tale premessa ha fatto pertanto

⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, VI Sezione, 11 gennaio 2016, n. 53, sul portale dejure.it. In sede di giudizio cognitorio di primo grado, l'ANVUR aveva sottoposto a rivalutazione la rivista, in esecuzione dell'ordinanza emessa in sede cautelare dal TAR Lazio; tale determinazione era stata poi impugnata mediante ricorso per motivi aggiunti. Il TAR Lazio aveva dichiarato inammissibile il ricorso in relazione alla domanda di annullamento degli atti inerenti alla procedura di ASN (per difetto di interesse dei ricorrenti) ed improcedibile quella di annullamento e di nullità degli originali provvedimenti di classificazione (per essere medio tempore intervenuta una nuova classificazione adottata in esecuzione della favorevole ordinanza di sospensiva adottata dal primo Giudice). Nel merito, aveva respinto i motivi di ricorso proposti avverso la nuova classificazione in 'classe B' adottata a seguito dell'ordinanza cautelare. Seguiva, dunque, il giudizio d'appello.

discendere il riconoscimento dell'invocata classificazione della rivista nella classe A di cui all'allegato 'B' al decreto ministeriale n. 76 del 2014.

Tale ultima statuizione è stata fatta oggetto di ricorso per Cassazione dal parte del MIUR in riferimento agli artt. 360, n. 1, e 362 del cod. proc. civ., per eccesso di potere giurisdizionale nonché per violazione e falsa applicazione degli articoli 7 e 134 del cod. proc. amm., sul presupposto che il Consiglio di Stato si sarebbe erroneamente ritenuto titolare, rispetto alla fattispecie dedotta in giudizio, di un potere giurisdizionale esteso al merito e, sulla scorta di tale erroneo presupposto, si sarebbe sostituito all'amministrazione procedente nell'esercizio dei poteri discrezionali che a quest'ultima competono.

La Suprema Corte, nel respingere il ricorso, ha ritenuto che il Consiglio di Stato avesse esercitato il proprio sindacato giurisdizionale rispettando la scansione propria del giudizio di ottemperanza, rilevando la non conformità del comportamento tenuto dall'ANVUR rispetto al comando discendente dal giudicato che faceva obbligo di riprovvedere, previa indicazione dei parametri valutativi, senza peraltro prospettare alcuna preclusione per la P.A. di rideterminarsi in senso non soddisfacente rispetto all'interesse pretensivo vantato dai ricorrenti vittoriosi.

Hanno sostenuto, inoltre, le Sezioni Unite che gli eventuali errori nei quali il giudice amministrativo potesse essere incorso nell'opera di interpretazione del giudicato e di accertamento del comportamento tenuto dall'amministrazione, nonché nella valutazione di conformità di tale comportamento rispetto a quello che si sarebbe dovuto tenere, inerendo al contenuto essenziale e tipico del giudizio di ottemperanza, sarebbero rimasti interni alla giurisdizione stessa e non avrebbero potuto integrare il denunciato eccesso di potere giurisdizionale.

È stato così escluso l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della pubblica amministrazione, per il fatto in sé che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione o l'elusione del giudicato amministrativo, avesse ordinato all'ANVUR di provvedere ad iscrivere la rivista in questione nella classe A, nominando un commissario ad acta in caso di persistente inottemperanza; ciò in quanto l'obbligo di dare esecuzione ai provvedimenti del giudice vale specialmente per la pubblica amministrazione, in un'ottica di leale e imparziale esercizio del *munus publicum*.

Ad ogni modo – secondo il Collegio – all'amministrazione sarebbe preclusa una riedizione del potere sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato reiterati provvedimenti negativi sempre dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e

successivamente abbia riproveduto in violazione ed esecuzione del primo giudicato, senza peritarsi di introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego rispettosi del primo giudicato di annullamento⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 febbraio 2017, n. 5058, sul portale dejure.it.

CAPITOLO II

GIUDICATO E SOPRAVVENIENZE

1. Vincolo conformativo del giudicato e normativa sopravvenuta.

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

La produzione dell'effetto di eliminazione si indirizza al 'tempo passato', in quanto l'atto ritenuto illegittimo viene eliminato dal sistema con effetti retroattivi. È fatto, pertanto, divieto all'amministrazione di adottare un atto amministrativo che presenti gli stessi vizi accertati alla luce della normativa esistente al momento della sua adozione.

La produzione dell'effetto di ripristinazione si indirizza, invece, al 'tempo intermedio', al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto successivo all'atto illegittimo a quello definito con la pronuncia giurisdizionale. L'amministrazione deve adottare un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire, 'ora per allora', il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza (si pensi all'esigenza di ricostruire, sul piano giuridico, la carriera di un dipendente pubblico).

La produzione dell'effetto conformativo si indirizza al 'tempo futuro', in quanto, valorizzando la motivazione della sentenza, si individua il modo corretto di esercizio del potere nella fase di riesercizio dello stesso a seguito dell'annullamento. L'amministrazione deve, sussistendone le condizioni, adottare un atto non retroattivo che definisca l'assetto di interessi della futura azione amministrativa⁴⁷.

Ed è proprio nella fase di riesercizio del potere amministrativo che viene in rilievo il rapporto tra giudicato e sopravvenienze, di fatto e di diritto.

La sentenza passata in giudicato rappresenta un limite certo alla retroattività della legge interpretativa, nel senso di escluderne la riferibilità ai rapporti la cui qualificazione sia già coperta dal giudicato al momento della rispettiva entrata in vigore. Ed invero, in forza del principio costituzionale dell'indipendenza dei giudici, il giudicato è intangibile dalla legge sopravvenuta con effetto retroattivo che entri in conflitto con il contenuto tipico dell'accertamento.

⁴⁷ Cfr. Consiglio di Stato, VI Sezione, 26 marzo 2014, n. 1472, sul portale dejure.it.

Ne discende che la legge sopravvenuta sia irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee definite dal giudicato. Si ritiene, però, che essa possa incidere sulle situazioni durevoli nel tratto dell'interesse che si svolga successivamente al giudicato, determinando, così, non un conflitto, ma una successione cronologica di regole normative.

Sul punto, si sono formati due orientamenti giurisprudenziali.

Secondo il primo, l'esecuzione del giudicato potrebbe trovare limiti intrinseci ed ineliminabili nelle sole sopravvenienze di fatto e/o di diritto verificatesi anteriormente alla notificazione della sentenza⁴⁸.

Sarebbero, invece, irrilevanti le sopravvenienze 'in senso proprio' successive alla notifica, cioè quelle relative a questioni di fatto o di diritto che non abbiano rappresentato oggetto effettivo o potenziale del *thema decidendum* e che siano emerse solo successivamente al passaggio in decisione del ricorso e prima della notifica della sentenza⁴⁹.

In senso difforme, un'altra parte della giurisprudenza amministrativa ha circoscritto la portata applicativa dell'indirizzo sopra esposto alle azioni proposte a tutela

⁴⁸ Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 10 gennaio 2012, n. 36, sul portale dejure.it, ai sensi del quale «La disciplina urbanistica da applicare in occasione dell'esame di un progetto edilizio conseguente ad una sentenza di annullamento del diniego della concessione è quella vigente al momento in cui la sentenza è notificata al sindaco, risultando inopponibili all'interessato solo le variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute successivamente a tale notificazione.». Negli stessi termini, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 8 gennaio 1986, n. 1, sul portale giustizia-amministrativa.it, secondo cui «La disciplina urbanistica da applicare in sede di esame di una richiesta di concessione edilizia, conseguente all'annullamento giurisprudenziale del diniego della concessione stessa o conseguente alla declaratoria d'illegittimità del silenzio rifiuto, è quella vigente al momento in cui la sentenza è notificata o comunicata in via amministrativa al sindaco, quale capo e legale rappresentante dell'amministrazione comunale, titolare dell'iniziativa in materia di pianificazione urbanistica, divenendo inopponibili all'interessato le variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute successivamente a tale notificazione. (...) Alla notifica della sentenza si può riconoscere, in tale ipotesi, il valore ed il significato implicito di diffida a non operare, ove ne abbia ancora la competenza, variazioni allo strumento urbanistico che si riflettano sulla situazione così come definita al momento della sentenza».

⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 29 maggio 2015, n. 2690, sul portale dejure.it. Nel caso di specie, la società ricorrente aveva partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica per la concessione del diritto di superficie novantennale su alcune aree del territorio comunale, al fine di realizzarvi - in attuazione dell'accordo quadro stipulato tra Comune e Regione - interventi di edilizia residenziale a canone di locazione sociale, moderato e convenzionato. La società era stata esclusa dalla gara e, a seguito di accoglimento del ricorso straordinario al presidente della Repubblica, aveva agito in ottemperanza per ottenere l'assegnazione dell'area con il finanziamento regionale nei termini originariamente previsti. Il finanziamento, nel frattempo, era venuto meno per determinazione di un soggetto pubblico diverso dal Comune; l'atto relativo recava una data anteriore a quella di adozione del decreto decisorio del ricorso straordinario (la comunicazione successiva, su cui faceva leva la società, era irrilevante in quanto soltanto l'obiettivo cessazione del contributo pubblico assumeva rilievo dirimente ai fini della definizione del giudizio di esecuzione); l'atto non era stato impugnato e - in relazione alla comunicazione, da parte del Comune, di avvenuta cessazione del finanziamento - la società non aveva manifestato interesse ad acquisire l'area senza il contributo pubblico. Negli stessi termini, cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 17 marzo 2015, n. 1366, sul portale dejure.it.

di interessi legittimi pretensivi nello specifico settore della pianificazione urbanistica, rispetto al quale, ove a cambiare sia il piano regolatore, sussiste una sostanziale coincidenza tra l'autore del provvedimento impugnato e il soggetto che introduce le nuove regole di disciplina. Così, nel caso di interesse pretensivo al rilascio di un titolo edilizio – situazione giuridica istantanea che si realizza, estinguendosi, con il rilascio dello stesso titolo – le variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute dopo la formazione del giudicato di annullamento del diniego amministrativo sarebbero inopponibili all'interessato.

Ebbene, in disparte dalla materia urbanistica ed edilizia, caratterizzata da una regolamentazione sua propria, si è affermato che, in settori diversi, la questione del rapporto tra giudicato amministrativo e normativa sopravvenuta vada esaminata prescindendo dalla data di notificazione della sentenza. Tale rapporto non sarebbe, infatti, ricostruibile secondo un unico modello predefinito, stante la stretta correlazione all'oggetto del sindacato giurisdizionale, a sua volta dipendente dalla tipologia di azione proposta e di potere pubblico esercitato, e al contenuto precettivo del *ius superveniens*.

In particolare, occorrerebbe distinguere, da un lato, le fattispecie che consentono al giudice amministrativo, sulla falsariga di quanto avviene nel processo civile, di svolgere, nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, un sindacato pieno sul rapporto dedotto in giudizio; dall'altro, quelle che non permettono che il sindacato abbia una tale estensione.

La prima evenienza si verificherebbe quando venga, ad esempio, proposta: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo avente un contenuto vincolato; ii) un'azione di adempimento, contestualmente alla prima, con cui si chiedi la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto; iii) un'azione avverso il silenzio, in presenza di una attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere computi dall'amministrazione; iv) un'azione di condanna al risarcimento del danno che presupponga anch'essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l'accertamento pieno del rapporto⁵⁰.

In questi casi, la domanda di cognizione proposta condurrebbe alla formazione di un giudicato idoneo a produrre un vincolo conformativo pieno sull'esercizio della successiva attività dell'amministrazione, o a fare sorgere l'obbligo di pagamento della somma risarcitoria.

⁵⁰ Cfr. Consiglio di Stato, VI Sezione, 19 giugno 2012, n. 3569, sul portale dejure.it.

L'eventuale giudizio di ottemperanza avrebbe natura di sola esecuzione, in quanto il giudice dovrebbe esclusivamente verificare se l'amministrazione abbia correttamente posto in essere l'azione che la sentenza di cognizione ha prefigurato in tutti i suoi contenuti.

In presenza di azioni che, per le ragioni indicate, sono idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerta pienamente il rapporto, il principio generale – derogabile in ragione della peculiarità di singole fattispecie e dei valori ad esse sottese – sarebbe quello della prevalenza del giudicato sulla normativa sopravvenuta.

In questi casi, nonostante manchi una norma costituzionale che riconosca espressamente l'intangibilità del giudicato, la legge sopravvenuta, come affermato più volte dalla Corte costituzionale, non può incidere – in ossequio al principio di divisione dei poteri giurisdizionali e normativi (artt. 101, 102 e 104 Cost.) e alla garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi (artt. 24 e 113 Cost.) – su «questioni coperte dal giudicato» ledendo l'affidamento di chi abbia ottenuto «il riconoscimento giudiziale definitivo»⁵¹. La Consulta ha chiarito che la funzione giurisdizionale non è, invece, violata nel caso in cui il legislatore si muova «sul piano generale ed astratto delle fonti» e costruisca il modello normativo cui la decisione giudiziale deve riferirsi.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha anch'essa sancito il divieto di ingerenza del legislatore, a sensi dell'articolo 6, § 1, della Convenzione, nell'amministrazione della giustizia «allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia» (*ex multis*, sentenza 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia).

Il Consiglio di Stato ha condiviso questi principi rilevando – con riferimento ad un caso in cui si trattava di stabilire se una legge sopravvenuta potesse incidere

⁵¹ Cfr. Corte cost., 13 luglio 2007, n. 267, secondo cui «Fermo che in linea di principio non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di adottare leggi a contenuto particolare e concreto, ossia leggi-provvedimento, è costituzionalmente illegittima, per essere irragionevole ed arbitraria, la norma che sia stata emanata soltanto con la finalità (nella specie, desunta dalla successione cronologica degli atti e dalla considerazione che il decreto-legge nel quale la norma è stata inserita in sede di conversione concerneva materia diversa) di eludere l'esecuzione di due sentenze del Consiglio di Stato, impugnabili solo per motivi di giurisdizione»; Corte cost., 27 luglio 2000, n. 374, ai sensi della quale «Il legislatore però, nella specie, oltre a creare una regola astratta, prende espressamente in considerazione anche le sentenze passate in giudicato che attribuiscono un determinato trattamento economico al personale, il quale, a seguito della disposta interpretazione autentica, non rientra più nell'ambito delle disposizioni indicate nel comma 4 dell'articolo censurato, precludendo sostanzialmente la esecuzione delle sentenze stesse. Proprio questa incidenza, diretta ed esplicita, sul giudicato esclude che la disposizione in questione operi soltanto sul piano normativo, poiché rivela in modo incontestabile il preciso intento legislativo di interferire - senza che vi sia un rapporto di consequenzialità necessaria tra creazione della norma e incidenza sui giudicati - su questioni coperte da giudicato, non rispettando, in modo arbitrario, la differente condizione di chi abbia avuto il riconoscimento giudiziale definitivo di un certo trattamento economico riguardo a chi non lo abbia ottenuto (sentenza n. 15 del 1995). Sotto questo profilo sussiste quindi la prospettata lesione dei principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, nonché delle disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi».

negativamente su un giudicato che aveva riconosciuto la sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto, con obbligo dell'amministrazione di provvedere al pagamento di tutte le prestazioni retributive e previdenziali – che «l'immutabilità del giudicato non può cedere di fronte a norme sopravvenute aventi efficacia retroattiva». Ciò in quanto «il Parlamento non può sovrapporsi alla Magistratura modificando 'ex post' singole situazioni già definite dal giudice e coperte dall'autorità del giudicato»⁵².

Lo stesso Consiglio di Stato ha, però, puntualizzato – con riferimento all'accertamento del dovere di corrispondere da parte della pubblica amministrazione prestazioni periodiche – che in presenza di «situazioni giuridiche durevoli» la legge sopravvenuta, pur non potendo incidere, per le ragioni indicate, sul rapporto pregresso accertato con il giudicato, può disciplinare diversamente il «tratto dell'interesse che si svolge successivamente» ad esso, «determinando non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica»⁵³.

La seconda evenienza si realizzerebbe con riguardo a fattispecie in relazione alle quali il sindacato del giudice amministrativo non possa estendersi all'intero rapporto controverso dovendo, in ossequio al principio costituzionale di separazione dei poteri, rispettare le sfere di valutazione di esclusiva spettanza della pubblica amministrazione.

In particolare, ciò si verificherebbe quando venga, ad esempio, proposta: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo discrezionale; ii) un'azione avverso il silenzio avente ad oggetto una attività caratterizzata da discrezionalità non ancora esercitata dall'amministrazione⁵⁴.

In questi casi l'azione di cognizione condurrebbe alla formazione di un giudicato che contenga una regola incompleta, lasciando priva di vincoli la futura attività amministrativa che non sia stata oggetto di sindacato giurisdizionale. La valutazione circa l'effettiva estensione del giudicato ed i consequenziali margini liberi dell'azione amministrativa sono strettamente dipendenti dalla tipologia del vizio riscontrato.

⁵² Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 21 febbraio 1994, n. 4, sul portale giustizia-amministrativa.it, ai sensi del quale «La sentenza passata in giudicato rappresenta un limite certo alla retroattività della legge interpretativa, vincolando l'interpretazione della legge nel senso di escluderne la riferibilità ai rapporti la cui qualificazione sia già coperta dal giudicato al momento della sua entrata in vigore (nella fattispecie si è ritenuto inapplicabile, a caso già deciso con autorità di giudicato, l'art. 13 della l. 12 dicembre 1992 n. 492, che, con norma espressamente qualificata di interpretazione autentica, aveva stabilito che 'i comuni... non sono soggetti, relativamente ai contratti d'opera o per prestazioni professionali a carattere individuale da essi stipulati, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi in materia di previdenza e assistenza non ponendo in essere i contratti stessi rapporti di subordinazione')».

⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 giugno 2016, n. 11, sul portale giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Cfr. Consiglio di Stato, VI Sezione, 19 giugno 2012, n. 3569, cit..

L'eventuale giudizio di ottemperanza avrebbe, pertanto, secondo l'impostazione tradizionale, natura mista di cognizione e di esecuzione. Il giudice, infatti, concorrerebbe alla definizione della regola del caso concreto, dando luogo a quella che viene definita formazione progressiva del giudicato⁵⁵.

In presenza di azioni che, per le ragioni indicate, non siano idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerti pienamente il rapporto controverso, la relazione tra legge successiva e giudicato assumerebbe connotati diversi.

La normativa successiva, potendo occupare gli spazi lasciati liberi dal giudicato, realizza normalmente una successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico.

La prevalenza del giudicato si avrebbe, pertanto, solo nel caso in cui la suddetta normativa sovrapponga, in relazione a quello specifico tratto della vicenda amministrativa vincolato dalla sentenza, la propria regola giuridica a quella giudiziale, al fine esclusivo di correggere l'esercizio delle funzioni del giudice.

Questa evenienza si verifica soprattutto in presenza di leggi provvedimento che si caratterizzano per avere un contenuto particolare e concreto incidendo su un numero limitato e determinato di destinatari. In tale ambito si collocano le cosiddette leggi di sanatoria che perseguono lo scopo, contrario a Costituzione, di stabilizzare gli effetti di un determinato provvedimento amministrativo eliminando, in via normativa, il vizio di legittimità riscontrato nell'ambito del processo.

In definitiva, alla luce di quanto sin qui esposto, deve ritenersi che l'ampiezza dell'accertamento sostanziale contenuto nella sentenza passata in giudicato condiziona gli spazi di applicabilità della normativa sopravvenuta, senza che rilevi il momento della notificazione della sentenza.

Sul punto si è recentemente espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo la quale il vincolo conformativo discendente dal giudicato, mirando a disciplinare la successiva azione amministrativa, costituisce una regola di azione che, in ragione della sua natura elastica, può essere incisa dal *ius superveniens*.

L'obbligo per l'amministrazione soccombente, a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti, di ripristinare la situazione controversa a favore

⁵⁵ Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 18 dicembre 2009, n. 5642, sul portale giustizia-amministrativa.it, ai sensi del quale «Attraverso il giudizio di ottemperanza si realizza, invero, una formazione progressiva del giudicato, consentendo il rimedio di definire, anche valorizzando il vincolo conformativo che comunque promana dalla pronuncia (benché, come osservato, generica), i profili della controversia non compiutamente esaminati in sede di cognizione».

del privato e con effetti retroattivi non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

Ad avviso del Collegio, il punto di equilibrio nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e di diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile. Discende da ciò che la sopravvenienza sia strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee – salvo il sopravvenuto mutamento della realtà, fattuale o giuridica, tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante, ma al più, ove ne ricorrano le condizioni, il presupposto esplicito per il risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 112, comma 3, del cod. proc. amm. – mentre incida sulle situazioni giuridiche di durata. In questa ipotesi, infatti, si avrebbe una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima⁵⁶.

In merito al rapporto tra il *ius superveniens* nel corso del giudizio e il regime dell'attività posta in essere dall'amministrazione dopo il giudicato, giova rilevare quanto segue.

In difetto di una disciplina legislativa espressa, si rende necessario applicare i principi generali che presiedono allo svolgimento dell'azione amministrativa.

Il provvedimento amministrativo, in ossequio al principio di legalità, deve essere conforme alla normativa esistente al momento della sua adozione.

Il giudice amministrativo, nell'esercizio del sindacato di legittimità, deve accertare se la pubblica amministrazione abbia agito nel rispetto della predetta normativa.

Se il giudizio si conclude con una sentenza di annullamento, l'amministrazione, nella fase di rinnovazione procedimentale, deve attenersi, sempre in attuazione del principio di legalità, alla normativa esistente nel momento dell'adozione degli atti. La funzione amministrativa ha, infatti, una dimensione dinamica che impone un costante adeguamento del rapporto regolato dall'amministrazione, in un determinato momento storico, al mutamento degli assetti organizzativi, procedurali e sostanziali che il legislatore intende assicurare.

Questa regola generale deve, però, essere sottoposta, ai fini della sua applicazione, ad un giudizio di compatibilità processuale e procedimentale.

⁵⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 giugno 2016, n. 11, sul portale neldiritto.it.

In relazione al giudizio di compatibilità processuale, la nuova normativa e la successiva attività amministrativa non devono porsi in contrasto con gli accertamenti compiuti nel corso del giudizio e con i conseguenti effetti derivanti dalla sentenza di annullamento.

L'accertamento giudiziale ha una intensità modulata alla luce della natura del potere pubblico esercitato: in presenza di una attività vincolata o con "discrezionalità esaurita" il giudice amministrativo può accertare, nel rispetto del principio della domanda, pienamente il rapporto giuridico; in presenza, invece, di una attività connotata da discrezionalità amministrativa o tecnica l'esigenza di garantire il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri impedisce che l'accertamento si estenda ad ambiti riservati alla pubblica amministrazione.

In relazione al giudizio di compatibilità procedimentale, strettamente connesso al primo, la nuova normativa e la successiva attività amministrativa non devono porsi in contrasto con le eventuali fasi del procedimento amministrativo che si sono già esaurite nel vigore della precedente disciplina e che non sono state incise dalla sentenza di annullamento.

Come è noto, il procedimento amministrativo si compone delle fasi, autonome e collegate, dell'iniziativa, dell'istruttoria, costitutiva e dell'efficacia.

Se nel momento in cui deve svolgersi la fase intermedia dell'istruttoria o quelle successive muta la disciplina, la stessa si applica purché non risulti incompatibile con le fasi già esaurite nel vigore della previgente normativa.

La stessa regola si applica nel caso in cui talune fasi procedurali si devono rinnovare dopo il giudicato di annullamento delle stesse: la ripetizione deve assicurare la conservazione dei momenti procedurali sottratti all'effetto di eliminazione derivante dalla sentenza di annullamento.

La ragione sottostante a tale regola risiede nell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di economicità e celerità dell'azione amministrativa (v. articolo 1 della legge n. 241 del 1990), che non ammetterebbero la ripetizione di atti che si sono svolti in modo conforme ai parametri legali⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. Consiglio di Stato, VI Sezione, 26 marzo 2014, n. 1472, cit.

2. Giudicato nazionale in contrasto con il diritto comunitario: intangibilità o cedevolezza?

La resistenza o meno del giudicato nazionale agli effetti di successive pronunce delle corti europee è, attualmente, uno dei profili di maggiore interesse nel più ampio contesto dei rapporti tra giurisdizione sovranazionale ed ordinamenti degli Stati membri.

In assenza di una normativa dell'Unione in materia, la disciplina del giudicato e della sua stabilità rientrano nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi e nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁵⁸.

Il divieto di rimettere in discussione le decisioni giurisdizionali del giudice nazionale e del giudice comunitario costituisce, invero, un imprescindibile caposaldo preordinato a garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché la buona amministrazione della giustizia⁵⁹.

In quest'ottica, il diritto dell'Unione non impone – e non potrebbe imporre – ad un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò consentirebbe di porre rimedio ad una situazione nazionale contrastante con detto diritto.

Come osservato da un'attenta dottrina, le presunte deroghe al principio dell'intangibilità del giudicato portate dalla Corte di Giustizia sono in realtà il frutto di errate interpretazioni del *dictum* del giudice comunitario o della nozione di giudicato sostanziale⁶⁰.

Con la pronuncia emessa nel caso Lucchini, la Corte di Giustizia sembrerebbe – in prima battuta – derogare al principio di intangibilità del giudicato, laddove essa ha statuito che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

⁵⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 10 luglio 2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti c. Comune di Bari*, sul portale curia.europa.eu; ID., 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpclub s.r.l. c. Agenzia delle entrate*, sul portale curia.europa.eu.

⁵⁹ Cfr. F. CORDOPATRI, *Giudicato nazionale e osservanza del diritto comunitario*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, 513.

⁶⁰ Cfr. C. COMMANDATORE, *I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria. Il commento*, cit., 1385; F. P. LUIO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 17 ss..

La questione appare, tuttavia, un poco più articolata, soprattutto alla luce della complessa vicenda giudiziaria.

Giova, al riguardo, rammentare che la Lucchini S.p.A. aveva presentato alle autorità competenti una domanda per la concessione di agevolazioni finanziarie ai sensi della L. n. 183/1976 finalizzata all'ammodernamento di taluni impianti siderurgici.

Le autorità competenti decisero di accordarle provvisoriamente una somma pari al 15% dell'importo degli investimenti, in luogo del 30% previsto per legge. Il contributo in conto interessi venne, invece, negato in quanto esso avrebbe portato l'importo totale degli aiuti accordati oltre la soglia del 15% stabilita.

L'adozione del provvedimento definitivo di concessione dell'agevolazione finanziaria venne, infine, subordinata all'approvazione del progetto di investimento da parte della Commissione europea.

Stante il mancato versamento delle somme accordate, sebbene in via provvisoria, la Lucchini S.p.A. citava in giudizio le autorità competenti affinché venisse dichiarato il proprio diritto all'erogazione dell'intero aiuto originariamente richiesto.

Nelle more della definizione del giudizio di primo grado, la Commissione europea, con decisione definitiva, dichiarava l'incompatibilità degli aiuti riconosciuti alla Lucchini S.p.A. con il mercato comune.

Nonostante ciò, il Tribunale dapprima e la Corte d'appello in sede di impugnazione dichiaravano, sulla base della sola L. n. 183/1976, il diritto della società all'erogazione dell'aiuto di cui trattasi e condannavano le autorità competenti al pagamento delle somme stabilite.

Poiché l'aiuto permaneva non versato, la Lucchini proponeva procedimento per ingiunzione e, ottenuto il decreto provvisoriamente esecutivo, proseguiva con l'esecuzione forzata. Successivamente, il Ministero esecutato decretava di accordare le somme in esecuzione della sentenza del giudice nazionale, con l'avvertimento che le stesse avrebbero potuto essere oggetto di revoca in caso di decisioni contrarie e/o sfavorevoli della Commissione europea.

Quest'ultima, acclarata la violazione in concreto del diritto comunitario, invitava l'autorità competente a recuperare gli aiuti nel termine di quindici giorni dalla ricezione del parere e a comunicarle, entro un mese, le concrete misure adottate per conformarsi alla decisione.

A quel punto, il Ministero deliberava la revoca dell'aiuto concesso ed invitava la Lucchini S.p.A. alla restituzione delle somme percepite, oltre interessi legali da calcolarsi secondo il tasso di riferimento e rivalutazione monetaria.

La società adiva, pertanto, il giudice amministrativo per l'annullamento del suddetto decreto ministeriale. In sede di impugnazione della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso introduttivo, il Consiglio di Stato disponeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sottoponendo le seguenti questioni:

«1) Se, in forza del principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile, costituito nella specie [dal terzo codice], dalla decisione [90/555], nonché dalla [nota] n. 5259 (...), di intimazione del recupero dell'aiuto — atti tutti alla stregua dei quali è stato adottato l'atto di recupero impugnato nel presente processo (ossia il decreto n. 20357 [...]) — sia giuridicamente possibile e doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo.

2) Ovvero se, stante il pacifico principio secondo il quale la decisione sul recupero dell'aiuto è regolata dal diritto comunitario ma la sua attuazione ed il relativo procedimento di recupero, in assenza di disposizioni comunitarie in materia, è retta dal diritto nazionale (principio sul quale cfr. Corte di Giustizia 21 settembre 1983 in causa 205-215/82 Deutsche Milchkontor [e a.], Racc. pag. 2633), il procedimento di recupero non divenga giuridicamente impossibile in forza di una concreta decisione giudiziaria, passata in cosa giudicata (art. 2909 cod. civ.) che fa stato fra privato ed amministrazione ed obbliga l'amministrazione a conformarvisi»⁶¹.

Un'attenta analisi della fattispecie rileva come il giudice amministrativo nazionale, nel rimettere la questione alla Corte di Giustizia, avesse rinvenuto nell'articolo 2909 del codice civile un limite alla possibilità di recuperare un aiuto di Stato ritenuto illegittimo dalla Commissione europea. Ed infatti, rispetto al giudicato formatosi tra il beneficiario dell'aiuto (Lucchini S.p.A.) e lo Stato italiano in sede civile, l'azione dinnanzi al giudice amministrativo per l'annullamento del decreto di revoca del contributo era stata promossa nei confronti dell'amministrazione statale quale legittimato straordinario della Commissione europea ai sensi dell'articolo 81 del codice di procedura civile.

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18 luglio 2007, C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.A., sul portale curia.europa.eu.

In questa prospettiva, il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato avrebbe dapprima resistito in giudizio – e poi proposto ricorso in appello avverso la sentenza di primo grado – per fare valere l'interesse di un soggetto terzo, la Commissione europea, rimasto estraneo al giudicato formatosi in precedenza.

La Corte di Giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, avrebbe, pertanto, censurato l'articolo 2909 del codice civile laddove, nell'interpretazione del giudice remittente, consentisse alla sentenza di dispiegare i propri effetti anche nei confronti di un terzo estraneo al giudizio.

Era, dunque, carente l'identità di soggetti e oggetto, necessaria ai fini dell'operatività del giudicato. Il Consiglio di Stato si è limitato ad accertare che le parti del primo e del secondo giudizio fossero le stesse, ma non ha considerato che lo Stato italiano avesse rivestito il ruolo di parte in senso sostanziale soltanto in sede civile. Nel giudizio di recupero dell'aiuto di Stato, infatti, parte in senso sostanziale doveva ritenersi la Commissione europea.

È di tutta evidenza come, nel caso Lucchini, non si sia trattato di cedevolezza del giudicato, bensì di garantire la prevalenza, in materie riservate alla competenza esclusiva della Commissione, del diritto comunitario sul diritto interno.

L'apprezzamento della compatibilità di un aiuto di Stato con l'ordinamento dell'Unione è esclusivamente attribuito alla competenza della Commissione, che agisce sotto il controllo dei giudici dell'Unione. I giudici nazionali provvedono alla salvaguardia, fino alla decisione definitiva della Commissione, dei diritti dei singoli di fronte ad un'eventuale violazione, da parte delle autorità statali, del diritto previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE.

Essenziale è, pertanto, il fatto che il giudice nazionale, nell'interpretazione del diritto interno, non può emettere sentenze che non tenga conto della fondamentale ripartizione di poteri tra l'Unione e gli Stati membri, sancita dai trattati. Ciò vale anche se siffatte sentenze hanno ottenuto autorità di cosa giudicata.

Nel caso di specie, invece, i giudici interni, aditi dalla Lucchini affinché venisse dichiarato in suo favore il diritto all'erogazione dell'agevolazione finanziaria di cui alla l. n. 183/1976 nell'ammontare originariamente richiesto, hanno statuito in merito alla spettanza dello stesso e, pertanto, sulla sua compatibilità con il mercato comune, eccedendo dai limiti delle proprie attribuzioni ed in presenza di una decisione definitiva – di segno contrario – dell'istituzione comunitaria competente.

La Corte di Giustizia è successivamente intervenuta a più riprese per fornire ulteriori precisazioni in merito al rapporto tra diritto europeo ed efficacia esterna del giudicato, per tale intendendosi l'efficacia del giudicato in un diverso processo, pendente fra le stesse parti.

È stato, in particolare, affermato che «il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione»⁶².

Le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Ad ogni modo, il giudicato nazionale, ancorché confliggente con il diritto europeo, se non può essere rimesso in discussione per quel che attiene allo specifico rapporto ormai definito, non spiega effetti esterni, vincolando il giudice interno nella definizione di altri giudizi pendenti tra le stesse parti e nei quali venga in rilievo lo stesso rapporto⁶³.

⁶² Cfr. Corte di Giustizia, 3 settembre 2009, n. C-2/08, cit. Nel caso di specie, Olimpiclub s.r.l., proprietaria di un complesso sportivo insistente su terreno demaniale, aveva ceduto in comodato l'uso del complesso sportivo ad una omonima associazione polisportiva, senza altri oneri che l'assunzione del canone demaniale, un rimborso spese annuo, nonché il trasferimento alla società di tutte le entrate lorde dell'associazione polisportiva (cioè le quote associative). Una verifica fiscale aveva constatato una serie di irregolarità protrattesi per più anni nella corresponsione dell'Iva. Gli avvisi di rettifica che ne erano seguiti erano stati oggetto di più impugnazioni dinanzi alla commissione tributaria, alcune accolte con provvedimenti passati in giudicato. In un ulteriore processo di impugnazione ancora aperto e giunto dinnanzi alla Corte di cassazione, quest'ultima ha sottoposto alla Corte di giustizia il seguente quesito: «se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di stato, e, segnatamente, in materia di Iva e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta.». Nel sottoporre il quesito, la Suprema Corte ha precisato che, secondo il diritto vivente italiano, nelle controversie tributarie il giudicato esterno esplicherebbe efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta, qualora l'accertamento giudiziario concerna un punto fondamentale comune ad altre cause. Cfr., al riguardo, anche Corte di Giustizia, 16 marzo 2006, causa C-234/04, causa Kapferer.

⁶³ Nella causa Fallimento Olimpiclub s.r.l., la Corte di Giustizia ha affermato che l'ampia l'interpretazione dell'art. 2909 del codice civile presupposta dal provvedimento di rinvio urtava contro il principio di effettività, senza poter essere ragionevolmente giustificata dal principio della certezza del diritto. Infatti una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe avuto la conseguenza (inaccettabile) che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva fosse fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di Iva in contrasto

Ne discende che, ove il giudicato nazionale sia in contrasto con il diritto comunitario, la specifica questione con esso definita non possa essere rimessa in discussione, salva la materia degli aiuti di Stato, la cui valutazione di compatibilità con il mercato comune è rimessa in via esclusiva alla competenza dell'Unione europea. Tale contrasto, però, preclude il dispiegamento, da parte del giudicato formatosi, di effetti esterni.

Di recente, la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi in tema di influenza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale, con particolare riferimento agli effetti sul giudicato amministrativo⁶⁴.

Nel caso di specie, il T.A.R. Lombardia aveva disposto un rinvio pregiudiziale in sede di esecuzione di una propria sentenza già riformata in appello con sentenza del Consiglio di Stato, la quale, nel frattempo, aveva acquisito autorità di cosa giudicata, sul presupposto che il giudice di ultima istanza fosse venuto meno all'obbligo del rinvio pregiudiziale. È stato, infatti, sostenuto che, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale

con il diritto comunitario, tale scorretta applicazione si sarebbe riprodotta per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza possibilità di correzione.

⁶⁴ Cfr. Corte di Giustizia, X Sezione, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda, sul portale curia.europa.eu. Nel caso di specie, indetta la gara europea per la selezione dell'operatore con cui stipulare un contratto per la cessione di carta/cartone provenienti dalle raccolte differenziate, la commissione giudicatrice aveva escluso la ricorrente per mancanza della dichiarazione prevista dall'articolo 38 comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e successivamente ha dichiarato deserta l'indetta procedura. La ricorrente aveva impugnato innanzi al T.A.R. Lombardia, sia il provvedimento di esclusione dalla gara, sia l'avviso pubblico per la nuova procedura, contestando la sussistenza del presupposto di fatto all'origine della disposta esclusione. Con sentenza del 25 maggio 2011, n. 1324, il TAR Lombardia ha accolto il ricorso relativamente alla domanda di riammissione alla gara, annullando altresì gli atti d'indizione della nuova procedura. La sentenza di primo grado è stata impugnata dalla stazione appaltante innanzi al Consiglio di Stato che interinalmente ha sospeso la sentenza di primo grado. Successivamente alla notificazione del ricorso in appello, l'impresa ricorrente in primo grado ha nuovamente adito il T.A.R. Lombardia per l'esecuzione alla sentenza resa dallo stesso TAR. Sebbene la sentenza della quale si chiedeva l'esecuzione fosse stata motivatamente sospesa in via cautelare dal Consiglio di Stato, il T.A.R. non ha ritenuto improcedibile il nuovo ricorso per l'esecuzione, rinviando la causa a successiva camera di consiglio. In vista di questa camera di consiglio, la ricorrente, successivamente alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato con cui veniva accolto nel merito il ricorso in appello ha — per la prima volta — dedotto il contrasto dell'articolo 38, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163/2006 con l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, che «preclude la partecipazione a coloro che si trovino nella condizione sostanziale di avere ricevuto condanne passate in giudicato», chiedendone la disapplicazione diretta ovvero la remissione della questione alla Corte di Giustizia, assumendo altresì che la sentenza di appello fosse illegittima perché in contrasto con la richiamata disposizione europea. Il T.A.R., ritenuto sussistere il dubbio di un contrasto della sentenza del Consiglio di Stato con il diritto europeo, nonché l'obbligo da parte del Consiglio di Stato, quale giudice di ultima istanza, di disporre il rinvio pregiudiziale, ha investito della questione la Corte di Giustizia. La CEM Ambiente (amministrazione aggiudicatrice) e il governo italiano hanno eccepito l'irricevibilità delle questioni sollevate dal giudice del rinvio, in quanto la legittimità della decisione di escludere l'ATI dalla procedura ad evidenza pubblica non avrebbe più potuta essere rimessa in discussione stante l'autorità di cosa giudicata acquisita dalla sentenza conclusiva del giudizio di cognizione.

europeo, una decisione nazionale che avesse acquisito l'autorità di cosa giudicata fosse suscettibile di 'disapplicazione' ove contraria al diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia non ha contestato il principio di intangibilità del giudicato, ma ha ribadito che il giudice nazionale conserva il potere di disporre un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE anche nell'ambito di un giudizio di attuazione di una decisione vincolante, giacché passata in giudicato, emessa dal giudice superiore. In altri termini, il giudice interno resta libero di esercitare il rinvio pregiudiziale in qualsiasi momento lo ritenga opportuno.

È stata altresì affermata l'incompatibilità con il diritto europeo di una norma nazionale che vincoli l'organo giurisdizionale non di ultima stanza a valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore in contrasto con il diritto europeo. La Corte di Giustizia ha così introdotto la facoltà, per i giudici non di ultima istanza, di riaprire il giudicato ed investire della questione controversa il giudice europeo⁶⁵.

Presupposto indefettibile per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è la titolarità, in capo al giudice nazionale, del potere di disporre tale rinvio.

Nel caso di specie, Cartiera dell'Adda S.p.A., mandataria in A.T.I. con Cartiera di Cologno S.p.A., aveva esperito ricorso per ottemperanza ai sensi dell'articolo 112, comma 2, lettera *b*), del codice del processo amministrativo.

La sentenza era stata, inoltre, gravata da ricorso in appello, poi accolto dal Consiglio di Stato. Nonostante la riforma della decisione di primo grado, il giudice dell'ottemperanza, anziché dichiarare l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

La questione investe profili processualistici di primaria importanza e, in particolare, l'ammissibilità del potere di riaprire un giudicato formatosi in contrasto con il diritto europeo e per il tramite di una decisione adottata da un giudice di ultima istanza che, a sua volta, non abbia disposto il rinvio ai sensi dell'articolo 267 del TFUE.

Nel caso di specie la questione appare, peraltro, un poco più articolata in quanto, a seguito di riforma integrale della sentenza di primo grado, il T.A.R. Lombardia adito in ottemperanza avrebbe perso il potere di provvedere.

Il rinvio alla Corte di Giustizia costituisce, infatti, una procedura incidentale e non contenziosa, non un autonomo mezzo di ricorso, bensì un incidente nell'ambito di un giudizio che si svolge davanti ad un giudice nazionale.

⁶⁵ Cfr. B. MAMELI, *L'esecuzione del giudicato in possibile contrasto con il diritto europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, 2.

Ebbene, se l'azione esecutiva – nella specie – era ancora in essere sotto il profilo squisitamente formale, non può sottacersi che quel giudice avesse esaurito la propria competenza funzionale ai sensi del combinato disposto tra gli articoli 14, comma 3, e 113 del codice del processo amministrativo.

Su altro fronte, tuttavia, giova rilevare come il giudicato sostanziale si sia realizzato su statuizioni di rigetto della domanda proposta in primo grado, volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione e degli atti di indizione della nuova procedura di gara. La sentenza emessa dal giudice d'appello sarebbe, in buona sostanza, autoesecutiva e, pertanto, l'interesse fatto valere dal ricorrente (in questo caso, in appello, dunque dalla stazione appaltante) troverebbe immediata e compiuta realizzazione per effetto della stessa decisione.

Ne discende che, ove il giudicato si fosse effettivamente prodotto in contrasto con la normativa comunitaria, non vi sarebbero stati altri strumenti per rimmetterlo in discussione. Ed è proprio sulla asserita, presunta, violazione da parte del Consiglio di Stato dell'obbligo di cui all'articolo 267, § 3, del TFUE che il giudice dell'ottemperanza ha disposto il rinvio in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione dell'articolo 38, comma 1, lett. *b)* e *c)*, del d.lgs. n. 163 del 2006 in rapporto alla disciplina prevista dall'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE⁶⁶.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che la questione sollevata dal T.A.R. Lombardia fosse ricevibile. Secondo una giurisprudenza costante, l'articolo 267 del TFUE conferirebbe ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che una controversia dinnanzi ad essi pendente susciti questioni che implicino

⁶⁶ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, I Sezione, ordinanza 15 gennaio 2013, n. 123, sul portale giustizia-amministrativa.it, ai sensi del quale «Va, al riguardo, sottolineato che il Consiglio di Stato, pur ammettendo l'esistenza di una questione interpretativa controversa negli orientamenti dei Tribunali amministrativi regionali e delle Sezioni dello stesso Consiglio di Stato, non ha ritenuto, quantunque 'giudice di ultima istanza', di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. (...) Il Consiglio di Stato, in qualità di giudice di ultima istanza, non ha provveduto a disporre in via pregiudiziale il rinvio della questione alla Corte di Giustizia, pur sussistendovi un obbligo (art. 267, terzo comma, TFUE) discendente non già dalla posizione formalmente di vertice che tale organo occupa nell'ordinamento giudiziario, quanto dall'impossibilità che avverso le proprie sentenze sia possibile proporre un mezzo ordinario di impugnazione. Né, a giustificazione di tale omessa iniziativa, potevano dirsi sussistenti i presupposti per potervi derogare. La giurisprudenza comunitaria ha, infatti, precisato che l'obbligo di rinvio a carico dei giudici di ultima istanza non trovi applicazione esclusivamente in tre ipotesi (cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, Cilfit, C-283/81; 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C-495/03): 1) quando la sollevata questione di diritto dell'Unione non sia influente sulla causa di merito; 2) quando la risposta al quesito da sottoporre risulti da una giurisprudenza costante, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta; 3) quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da apprestare alla questione sollevata».

un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessari per la decisione nella causa di cui sono investiti.

In particolare, è stato sostenuto che una norma di diritto nazionale, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non possa privare detti primi organi giurisdizionali della facoltà di sottoporre alla Corte di Giustizia questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, relative a dette valutazioni. Il giudice che non decide in ultima istanza deve essere libero, ove ritenga che la valutazione in diritto formulata dal giudice di grado superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le questioni con cui deve confrontarsi.

Nel caso di specie, è stato altresì statuito che «il rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non abbia alcun rapporto con la realtà o l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte». In tale prospettiva, le questioni sollevate dal giudice del rinvio non sono state ritenute ipotetiche e, dunque, inammissibili, considerato che «esse sono state poste nell'ambito di un procedimento in cui la Cartiera dell'Adda mira, in particolare, ad ottenere il risarcimento del danno per il ritardo nell'esecuzione della sentenza del giudice del rinvio del 25 maggio 2011 che ha annullato la decisione della CEM Ambiente di escludere l'ATI dalla procedura di selezione di cui al procedimento principale»⁶⁷.

Sul rapporto intercorrente tra il principio dell'autorità della cosa giudicata e il diritto europeo deve, infine, darsi conto di un altro importante arresto della Corte di Giustizia, degno di nota per gli sviluppi interpretativi determinati nella giurisprudenza nazionale⁶⁸.

La vicenda trae origine nel progetto di creazione di una nuova cittadella giudiziaria di Bari.

Il giudice comunitario è stato, innanzitutto, chiamato a pronunciarsi sulla qualificazione giuridica dell'operazione contrattuale congegnata dalle parti del procedimento principale e sulla possibilità o meno che essa ricadesse nell'ambito di

⁶⁷ Cfr. Corte di Giustizia, X Sezione, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda, cit., 7.

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, II Sezione, 10 luglio 2014, C-213/13, Pizzarotti, sul portale curia.europa.eu.

applicazione delle norme che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

Il Comune di Bari aveva pubblicato un avviso di ricerca di mercato, avente l'obiettivo precipuo di dotare la città di una nuova cittadella giudiziaria, unica per tutti gli uffici giudiziari ed idonea a soddisfare al meglio le esigenze strutturali e funzionali di amministrazione della giustizia. Tra le quattro proposte pervenute, il Comune selezionava quella della società Pizzarotti, la quale avrebbe dovuto avviare i lavori di costruzione delle opere al fine di concederli in locazione all'Amministrazione.

A fronte dell'inerzia di quest'ultima, la Pizzarotti adiva l'autorità giudiziaria per far valere l'illegittimità del silenzio dalla stessa serbato, con conseguente obbligo del Comune di provvedere. Il T.A.R. competente rigettò il ricorso, ritenendo, da un lato, che la 'ricerca di mercato' si fosse conclusa con la delibera adottata dall'Amministrazione e trasmessa al Ministero; per altro verso, ritenne che la natura della 'ricerca' non potesse vincolare la pubblica amministrazione⁶⁹.

In grado di appello, il Consiglio di Stato riformava la pronuncia, ritenendo che la procedura avviata con l'avviso di ricerca di mercato non costituisse soltanto un'attività di indagine conoscitiva, ma si innestasse in un procedimento complesso volto alla completa realizzazione dell'opera pubblica. Venne così adottata una sentenza di condanna del Comune di Bari alla conclusione del procedimento, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, nonché previa verifica – fra le proposte pervenute – della possibilità di realizzazione dell'opera pubblica nei limiti del mutato quadro economico⁷⁰.

A seguito dell'inottemperanza di tale pronuncia, il Consiglio di Stato, su ricorso dell'impresa Pizzarotti, provvedeva a nominare il commissario *ad acta*, il quale riteneva l'offerta avanzata dalla ricorrente conforme alle disponibilità economiche del Comune di Bari e valida dal punto di vista tecnico-funzionale.

Parallelamente all'operato del commissario, l'Amministrazione avviava un procedimento per ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato, conclusosi, tuttavia, con una delibera della Giunta comunale che riteneva la proposta della società non compatibile con il mutato quadro economico.

Il Comune di Bari e la società agivano in giudizio per contestare l'operato del commissario *ad acta*.

⁶⁹ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, III Sezione, 8 febbraio 2007, n. 363, sul portale giustizia-amministrativa.it.

⁷⁰ Cfr. Consiglio di Stato, 1° agosto 2007, n. 4267, sul portale giustizia-amministrativa.it.

Il Consiglio di Stato dichiarò la finalità elusiva del giudicato della deliberazione della Giunta comunale e, pertanto, la sua nullità in quanto adottata, peraltro, dopo la scadenza del termine assegnato dal giudice per provvedere e dopo l'esercizio dei poteri da parte del commissario, quindi in assoluta carenza di potere⁷¹.

Con la stessa pronuncia, venne, altresì, ordinato al commissario *ad acta* di adottare tutti i provvedimenti necessari (nel caso di specie, la variante urbanistica) per concludere il procedimento amministrativo iniziato dal Comune di Bari entro il termine di centottanta giorni.

Il commissario incaricato, con successivo provvedimento, diede atto che l'avviso di ricerca di mercato non avesse avuto esito positivo. A sostegno di tale conclusione egli faceva valere, quanto alla prima proposta della Pizzarotti, come riformulata nel corso del 2004, che la perdita di parte del finanziamento pubblico rendeva irrealizzabile l'obiettivo perseguito dal Comune di Bari, mentre sottolineava, quanto alla seconda proposta dell'impresa, vertente sulla locazione di edifici da costruire a titolo privato, che era del tutto incongrua rispetto a detto obiettivo.

Avverso tale provvedimento, la società Pizzarotti propose nuovo ricorso per ottemperanza e il Consiglio di Stato ne dichiarò la nullità per violazione del giudicato, specificando che la locazione di cosa futura (qualificazione giuridica prospettata dalla ricorrente) non potesse considerarsi, a differenza della vendita di cosa futura, strumento elusivo della disciplina degli appalti pubblici⁷².

Successivamente, il nuovo commissario *ad acta* nominato dal prefetto di Bari pose in essere tutte le attività necessarie per addivenire all'adozione, il 23 aprile 2012, di una 'variante urbanistica' al piano regolatore generale del Comune di Bari relativa ai terreni interessati dalla costruzione della cittadella giudiziaria progettata.

La Pizzarotti impugnava detta decisione dinnanzi al Consiglio di Stato per violazione del principio dell'intangibilità del giudicato.

In tale contesto, il giudice dell'ottemperanza disponeva rinvio ai sensi dell'articolo 267 del TFUE per sottoporre le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere

⁷¹ Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 15 aprile 2010, n. 2153, sul portale giustizia-amministrativa.it.

⁷² Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 3 dicembre 2010, n. 8420, sul portale giustizia-amministrativa.it.

compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'articolo 16 [della direttiva 2004/18].

2) Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto [dell'Unione] degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto [dell'Unione]»⁷³.

La Corte di Giustizia ha stabilito che il contratto di locazione di un bene immobile futuro, costruito sulla base delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, integrasse un appalto di lavori pubblici e, pertanto, fosse soggetto alla disciplina comunitaria in materia di appalti.

In merito alla seconda questione, il giudice del rinvio ha domandato, in sostanza, se potesse ritenere inefficace il giudicato eventualmente formato da una sua decisione che abbia condotto ad una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

Nella esplicitazione del quesito, è stato, inoltre, evidenziato come, secondo la giurisprudenza nazionale, il giudice dell'esecuzione possa, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo al cosiddetto 'giudicato a formazione progressiva'.

Tale istituto nasce storicamente nell'elaborazione giurisprudenziale per sopperire alle forti lacune del processo amministrativo originariamente strutturato in termini esclusivamente impugnatori. Veniva, pertanto, accolto un concetto elastico di giudicato, contrapposto alla rigida nozione civilistica di cui al combinato disposto tra l'articolo 324 cod. proc. civ. e l'articolo 2909 cod. civ.. In tale contesto, il giudizio di ottemperanza si configurava quale rimedio di natura mista, di tipo cognitorio ed esecutivo, consentendo al giudice di operare le integrazioni alla sentenza amministrativa, di volta in volta necessarie per la salvaguardia dell'interesse del privato.

Con l'entrata in vigore, nel 2010, della riforma del processo amministrativo, l'utilità concettuale di tale categoria ha perso vigore e, secondo alcuni autori, ragion d'essere⁷⁴.

⁷³ Cfr. Corte di Giustizia, II Sezione, 10 luglio 2014, C-213/13, cit.; C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, cit., 2719 s.

⁷⁴ Cfr. N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1174 ss.

Ed infatti, essendo state positivizzate numerose altre azioni tipiche esperibili dal privato, si è assistito all'ampliamento dei poteri del giudice della cognizione, il quale, in caso di accoglimento del ricorso dispone, ai sensi dell'articolo 34, comma 1, lett. e), del cod. proc. amm., le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza⁷⁵.

Volgendo lo sguardo alla fattispecie concreta sopra esposta, giova rilevare come la Corte di Giustizia, pur ribadendo la fondamentale importanza del principio di intangibilità del giudicato, abbia evidenziato che è riservato al giudice nazionale – anche in ragione della peculiare natura a formazione progressiva del giudicato amministrativo – verificare i residui spazi di completamento della cosa giudicata, al fine di renderla armonica con i principi e le regole comunitarie.

Il diritto dell'Unione non esige, dunque, che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione.

In questa cornice interpretativa si inserisce l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷⁶.

In primo luogo, il Collegio ha ritenuto di delimitare la portata dell'obbligo conformativo derivante dalle sentenze per l'esecuzione delle quali era stato proposto ricorso per ottemperanza.

Ad avviso dei giudici, all'impresa Pizzarotti non era stato riconosciuto il diritto incondizionato alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera. Dalle sentenze del Consiglio di Stato derivava soltanto un obbligo procedimentale e strumentale di portare a conclusione il procedimento, non un obbligo sostanziale e finale di concluderlo riconoscendo il diritto alla stipula o, addirittura, alla realizzazione dell'opera.

Nell'affermare ciò, l'Adunanza Plenaria ha operato un richiamo alla categoria civilistica della 'obbligazione di mezzi', nella quale oggetto della prestazione dovuta non è tanto il raggiungimento del risultato quanto, piuttosto, l'adoperarsi diligentemente al fine di conseguirlo, senza che l'eventuale mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio costituisca di per sé fonte di responsabilità per la parte debitrice.

⁷⁵ Cfr. M. BRUNO, *Giudicato progressivo e diritto dell'Unione Europea. L'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria*, sul portale neldiritto.it.

⁷⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 giugno 2016, n. 11, sul portale neldiritto.it.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, il Collegio ha ricondotto la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia alla categoria delle cosiddette sopravvenienze di diritto che, in quanto incidente su un procedimento non ancora concluso e su un interesse non coperto dal giudicato, ha determinato una successione di regole nel tempo disciplinanti la stessa materia.

La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permetterebbero al giudice dell'ottemperanza – nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva – non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni 'integrative', ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.

L'esecuzione del giudicato potrebbe, in tale prospettiva, trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e di diritto antecedenti alla notificazione della sentenza. La sopravvenienza sarebbe, dunque, strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre inciderebbe su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolga successivamente al giudicato, determinando non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica.

Nell'ottica delineata, l'interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma di diritto interno in termini contrastanti con quanto risulta da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta darebbe luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, rientrando in uno di quei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per *errores in iudicando* o *in procedendo*. In tali ipotesi, si impone la cassazione della sentenza amministrativa per impedire che la statuizione giudiziaria, una volta divenuta definitiva ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con l'ordinamento comunitario ed in violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa europea⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 2108.

3. Provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile e contrasto con il diritto europeo.

Sul concetto di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo si sono sviluppati due orientamenti dottrinali.

L'impostazione tradizionale concepiva l'inoppugnabilità come una qualità dell'atto, per cui, una volta spirato il termine decadenziale, sarebbe stato precluso al giudice effettuare qualsiasi sindacato, anche in via incidentale, sul provvedimento.

Secondo la configurazione più articolata di tale dottrina, occorre distinguere tra diversi gradi di definitività.

Il primo corrispondeva all'atto non più soggetto a ricorsi gerarchici.

Il secondo grado era proprio dell'atto nei cui confronti non potessero essere più proposti ricorsi, ma che potesse essere revocato dall'amministrazione. Tale condizione si identificava con l'inoppugnabilità, intesa quale impossibilità di fare valere ulteriormente, in via di azione, gli interessi legittimi lesi. In altri termini, il momento in cui il provvedimento diveniva inoppugnabile segnava la fine del potere del privato di difendere giuridicamente i propri interessi lesi dall'atto amministrativo.

Il terzo grado di definitività corrispondeva, infine, alla cosiddetta irrevocabilità: non solo il provvedimento non era più suscettibile di ricorso gerarchico o giurisdizionale, ma non poteva neppure essere revocato dalla stessa amministrazione.

L'orientamento dottrinale più recente qualifica, invece, l'inoppugnabilità come la preclusione ad aggressioni del provvedimento nelle forme e nei termini stabiliti dalle norme processuali che tendono al suo annullamento. L'atto divenuto inoppugnabile può essere revocato od annullato d'ufficio dalla stessa amministrazione allorché eserciti il potere di autotutela, o disapplicato dal giudice (ordinario). In sostanza, l'atto inoppugnabile non diventa per ciò solo intangibile⁷⁸.

Con questo chiarimento preliminare, si rende necessario soffermarsi sulla questione della riesaminabilità, da parte di un organo amministrativo, di una precedente decisione che, divenuta definitiva in forza di una sentenza passata in giudicato, è risultata in contrasto con il diritto europeo a seguito di una sentenza della Corte di Giustizia.

La tematica è stata oggetto di due importanti arresti giurisprudenziali.

⁷⁸ Cfr. R. DIPACE, *L'inoppugnabilità dell'atto alla prova del nuovo processo amministrativo*, in *www.amministrativamente.com – Riv. dir. amm.*, 2012, 2.

La Corte di Giustizia, invocando l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ha osservato che il diritto dell'Unione non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che abbia acquisito carattere definitivo.

In casi particolari, tuttavia, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Ad avviso dei giudici comunitari, ciò si verificherebbe qualora la sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata adita a titolo pregiudiziale, e l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione. L'interessato deve essersi rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato dell'esistenza di detta giurisprudenza. La decisione in questione, infine, deve essere divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza⁷⁹.

Il diritto all'esercizio del potere di riesame spetta, alle condizioni sopra indicate, anche ove il ricorrente nella causa principale non abbia invocato il diritto europeo nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno proposto contro tale decisione⁸⁰.

4. Giudicato amministrativo e contrasto con la CEDU.

Per cogliere la possibile incidenza su precedenti giudicati amministrativi della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, si rende opportuno svolgere una breve premessa relativa al rango che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito, CEDU) riveste nel sistema delle fonti del diritto italiano.

La CEDU non contiene indicazioni sulla sua posizione e sul suo modo di operare all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati contraenti.

Di conseguenza, il suo ruolo all'interno del sistema delle fonti del diritto dei singoli Stati contraenti, e in particolare il suo rapporto con le costituzioni nazionali, è eterogeneo e si articola fundamentalmente in tre varianti.

⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 12 febbraio 2008, n. 2, C-2/06, Willy Kempter KG; Corte di Giustizia, 31 gennaio 2004, C-453/00, Khune und Hietz, sul portale curia.europa.eu.

⁸⁰ Cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 2108 s.

La prima, propria per esempio dell'ordinamento austriaco, attribuisce alla CEDU rango costituzionale.

La seconda, propria della maggior parte dei paesi, attribuisce alla CEDU un rango intermedio tra la Costituzione e la legge ordinaria.

La terza, propria della Germania e dei Paesi scandinavi, attribuisce alla CEDU il rango di legge ordinaria, che però costituisce un ausilio nell'interpretazione della disciplina nazionale relativa ai diritti fondamentali.

Dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, l'ordinamento italiano è passato dalla terza alla seconda variante. Prima dell'introduzione, nel 2001, del nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione, la legge di adattamento della CEDU aveva «normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive». Con la nuova disposizione – prosegue la Corte – le norme della Convenzione assumono il ruolo di «fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'articolo 117, comma 1°».

Pertanto il giudice nazionale non può direttamente disapplicare le norme giuridiche nazionali contrastanti con la Convenzione (come accade invece nei rapporti con il diritto dell'Unione europea), bensì – qualora il contrasto non possa essere composto a livello interpretativo, facendo applicazione del canone di interpretazione conforme alla CEDU – deve rimettere la relativa questione alla Corte costituzionale⁸¹.

A differenza dei Trattati comunitari, la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale, da cui derivano 'obblighi' per gli Stati contraenti, ma non vi è incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Le norme interne contrastanti con quelle pattizie internazionali, ivi compresa la CEDU, sono suscettibili unicamente di sindacato accentrato da parte della Corte costituzionale⁸².

Tale posizione non è mutata neanche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale, all'articolo 6, prevede l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU.

⁸¹ Cfr. R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011, 22 ss.

⁸² Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 luglio 2015, n. 7, sul portale dejure.it.

Quest'ultima, infatti, ha mantenuto inalterata la propria collocazione all'interno del sistema delle fonti.

Rimane salva l'interpretazione 'conforme alla Convenzione'. In altri termini, il giudice del caso concreto, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità costituzionale, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme alla Convenzione. Il parametro costituito dall'articolo 117, comma 1, della Costituzione diventa concretamente operativo solo se vengano determinati quali siano gli obblighi internazionali che vincolino la potestà legislativa statale e regionale. Ebbene, il parametro può essere integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi quella di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali assunti.

Rispetto agli altri trattati internazionali, la CEDU ha previsto la competenza di un organo giurisdizionale – la Corte europea dei diritti dell'uomo – cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa.

Ne discende che, tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU, vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato specificamente attribuito dalle Corte alle disposizioni ivi contenute. In buona sostanza, gli Stati contraenti avrebbero riconosciuto una funzione interpretativa eminente alla Corte europea.

Come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, quanto sopra esposto non conduce a ritenere che le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea, acquistino la forza delle norme costituzionali e siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma restano pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione.

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, la Corte costituzionale ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Occorre altresì precisare che, considerato che le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica della compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé.

Con questi chiarimenti, si rende opportuno affrontare il rapporto fra principio di intangibilità del giudicato e violazione della CEDU.

La possibilità di rimettere in discussione il giudicato ritenuto ‘iniquo’ dalla Corte europea è stata al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, culminato con la pronuncia additiva della Corte costituzionale che, in ambito penalistico, ha ampliato le ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna ricomprendendovi anche il caso in cui «ciò si renda necessario per dare esecuzione ad una sentenza definitiva della Corte europea»⁸³.

Nell’ambito del processo civile ed amministrativo, è recentemente intervenuta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sollevando in via incidentale questione di legittimità costituzionale degli articoli 106 cod. proc. amm. e 395 e 396 cod. proc. civ. in relazione agli articoli 117, comma 1, 111 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell’articolo 46, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁸⁴.

La questione si è posta all’attenzione dei giudici amministrativi a seguito di un ricorso con il quale si domandava la revocazione della sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 4/2007. Con tale pronuncia, i ricorsi originariamente proposti da un gruppo di dipendenti dell’Università Federico II di Napoli che, avendo svolto dal 1983 al 1997 funzioni assistenziali remunerate a gettone, chiedeva il riconoscimento ab origine dell’esistenza di un rapporto di lavoro dipendente e dei conseguenti contributi previdenziali, erano stati ritenuti tardivi.

Il Consiglio di Stato aveva ritenuto applicabile alla controversia l’articolo 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998 (poi confluito nell’attuale articolo 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001) il quale disponeva, per le liti relative al pubblico impiego ‘privatizzato’ che «le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

⁸³ Cfr. Corte costituzionale, 7 aprile 2011, n. 113, sul portale dejure.it, secondo la quale «È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’articolo 46, paragrafo 1, CEDU, l’articolo 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo».

⁸⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 4 marzo 2015, n. 2, sul portale dejure.it.

La disposizione sopra citata attribuiva, dunque, alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative al periodo in cui il rapporto aveva ancora carattere pubblicistico (ovvero fino al 30 giugno 1998), subordinando l'esperimento di tale contenzioso al termine decadenziale del 15 settembre 2000.

Niente era espressamente previsto per le controversie proposte successivamente a tale data.

Inizialmente, la giurisprudenza ha ritenuto che la disposizione fosse rivolta a stabilire la giurisdizione del giudice ordinario per i ricorsi proposti dopo la data del 15 settembre 2000. È, tuttavia, successivamente prevalso, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione ed in quella amministrativa, il diverso orientamento che ricollegava alla scadenza di tale termine la radicale perdita del diritto di agire in giudizio ed in ogni sede. Anche la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle nuove disposizioni così interpretate, aveva avallato tale orientamento ritenuto coerente con le esigenze organizzative connesse al trapasso da una giurisdizione.

L'Adunanza Plenaria n. 4/2004 si era, così, uniformata a tale ultimo indirizzo e, nel caso di specie, ha dichiarato l'inammissibilità per tardività di tutti i ricorsi originariamente proposti e poi riuniti in primo grado dopo il 15 settembre 2000, annullando le sentenze del TAR. Per il solo ricorrente che invece aveva proposto il proprio ricorso anteriormente alla detta data, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo.

I ricorrenti, visti privati di tutela giurisdizionale, hanno adito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con sentenza divenuta definitiva lo scorso maggio 2014, ha riconosciuto una duplice violazione commessa dallo Stato italiano.

In primo luogo, è stato ritenuto violato il diritto di accesso ad un tribunale, sancito dall'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione. Pur ribadendo che il diritto di accesso alla giustizia non abbia carattere assoluto, ma possa essere limitato o condizionato in vario modo dagli Stati contraenti nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, i giudici europei hanno ritenuto che, nel caso di specie, la compressione di tale diritto fosse stata tale da lederlo nella sua sostanza.

In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto la violazione dell'articolo 1 del Protocollo 1 della Convenzione, alla luce della circostanza che il capovolgimento di orientamento giurisprudenziale, operato dal pronunciamento del Consiglio di Stato,

avesse, *de facto*, privato i ricorrenti della possibilità di far valere il proprio diritto di credito relativo al trattamento pensionistico⁸⁵.

Alla luce della dichiarata violazione dei diritti sanciti dalla CEDU, i ricorrenti hanno esperito ricorso per la revocazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2007.

Come noto, i casi di revocazione delle sentenze amministrative sono tassativamente previsti dall'articolo 106 del cod. proc. amm. il quale, a sua volta, richiama le disposizioni di cui agli articoli 395 e 396 del cod. proc. civ., che non contemplano l'ipotesi di revocazione ove la sentenza nazionale sia stata oggetto di scrutinio da parte dei giudici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'Adunanza Plenaria, dopo avere escluso la praticabilità di un'interpretazione estensiva delle disposizioni sopra richiamate o di una disapplicazione delle norme interne in contrasto con la CEDU, ha sollevato questione di legittimità costituzionale sulle anzidette disposizioni nella parte in cui esse non prevedono un diverso caso di revocazione, ove ciò sia necessario per dare esecuzione a sentenze definitive della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nelle more della decisione della Consulta, occorre soffermarsi sugli effetti delle sentenze della Corte EDU nell'ordinamento interno, con particolare riferimento all'articolo 46 della Convenzione.

Giova, invero, precisare che le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbiano natura di accertamento, essendo volte a dichiarare se, nel caso di specie, vi sia stata o meno una violazione, da parte dello Stato contraente, degli obblighi convenzionali.

A seguito dell'accertamento di una lesione, l'articolo 46 sopra citato impone allo Stato interessato di «conformarsi alla sentenza», nell'ambito di un procedimento condotto sotto la supervisione del Comitato dei ministri (paragrafo 2).

Tale obbligo di conformazione consta di tre aspetti fondamentali, i quali possono essere presenti tutti cumulativamente, oppure in parte, o addirittura assenti. Si tratta delle misure individuali che lo Stato è chiamato ad adottare dopo la sentenza, delle misure

⁸⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 febbraio 2014, causa Staibano e altri c. Italia, sul portale presidenza.governo.it; negli stessi termini cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 febbraio 2014, causa Mottola e altri c. Italia, sullo stesso sito.

generali e della corresponsione dell'equo indennizzo, accordato direttamente dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione⁸⁶.

Le misure generali sono necessarie quando la condanna dello Stato contraente è dovuta ad un deficit sistematico dell'ordinamento interno. Proprio con riferimento a queste ipotesi si è sviluppata la prassi delle cosiddette 'sentenze pilota', con le quali i giudici europei indicano le misure 'di sistema' che andrebbero adottate per evitare il ripetersi delle medesime violazioni in futuri casi analoghi. Le misure di carattere individuale, invece, tendono a garantire la *restitutio in integrum* al ricorrente e, tra queste, sembra potersi annoverare la riapertura dei processi interni, finalizzata a porre il soggetto danneggiato in una situazione analoga a quella in cui si sarebbe trovato se la violazione non fosse stata commessa⁸⁷.

A ben vedere, la riapertura del processo non è stata espressamente configurata dalla Convenzione quale obbligo a carico degli Stati contraenti. L'articolo 46 sopra richiamato si limita ad imporre il dovere di conformazione alla sentenza della Corte EDU e di corresponsione di un equo indennizzo ove «il diritto dell'Alta parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione»⁸⁸.

In questo quadro ordinamentale, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che disciplini in modo puntuale le modalità con cui l'ordinamento nazionale debba conformarsi alle sentenze CEDU, prevedendo, tra queste, anche la possibilità di rescindere, in casi eccezionali, il giudicato interno⁸⁹.

In conclusione e a titolo di spunto riflessivo, potrebbe ritenersi che, rispetto al contrasto con il diritto europeo (cfr. § II del presente capitolo), la medesima questione di legittimità costituzionale non potrebbe essere sollevata, stante il principio di autonomia processuale degli Stati membri, che non consentirebbe di ritenere sussistente una violazione dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione.

⁸⁶ Cfr. S. L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 4, 1276 ss.

⁸⁷ Cfr. G. GRASSO - F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, sul portale dirittopenalecontemporaneo.it, 4.

⁸⁸ Cfr. articolo 41 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁸⁹ Cfr. S. L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2015, 11, 1434.

CAPITOLO III

IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

1. Inquadramento storico.

Il giudizio di ottemperanza è stato originariamente introdotto dall'articolo 4, n. 4, della legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Detta norma, successivamente trasfusa nell'articolo 27, n. 4, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, stabiliva che «la Sezione quarta del Consiglio di Stato decide, pronunciando anche in merito, dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico».

Considerando la genesi del moderno sistema di giustizia amministrativa, che affonda le proprie radici nelle disposizioni contenute nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E (Legge abolitiva del contenzioso amministrativo, di seguito L.A.C.), appare ragionevole sostenere che il giudizio di ottemperanza sia nato nel 1889 proprio al fine di completare il sistema di giustizia delineato, in particolare, dagli articoli 4 e 5 di tale legge. Ed invero, secondo il quadro normativo all'epoca vigente ed informato ad una rigida interpretazione del principio di separazione dei poteri, il giudice ordinario era il solo competente a conoscere le controversie involgenti i rapporti tra i privati e la pubblica amministrazione.

Nello stesso tempo, tuttavia, a tale giudice era precluso il potere di revocare o modificare l'atto amministrativo lesivo di un diritto civile o politico. Egli poteva soltanto in via incidentale disapplicare l'atto nel caso in cui non lo ritenesse conforme a legge (articolo 5 della L.A.C.).

Nessuna disposizione, però, vincolava l'amministrazione al rispetto della decisione del giudice ordinario. Disponeva, invero, l'articolo 4, comma 2, L.A.C. che le competenti autorità amministrative «si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso», stabilendo in capo ad esse un mero obbligo giuridico di ottemperare al giudicato. Nella specie, si trattava di un obbligo incoercibile, in quanto non era accompagnato dalla previsione di uno strumento atto a garantirne l'effettiva osservanza⁹⁰.

⁹⁰ Cfr. D. GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il codice del processo*, Milano, 2011, 1 ss.

In questo quadro si è inserito l'articolo 4, n. 4, della L. n. 5992/1989, con il quale è stato conferito al giudice amministrativo il potere di porre in essere interventi di tipo sostitutivo nei confronti dell'amministrazione, rimasta inerte a seguito di un giudizio civile che la vedeva soccombente.

In tale ottica, il giudizio di ottemperanza è stato configurato come un'ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo, finalizzata, però, a dare esecuzione alle sole sentenze del giudice ordinario.

Non era stata introdotta alcuna forma di tutela giurisdizionale esecutiva delle sentenze del giudice amministrativo.

La ragione è apparsa fin da subito chiara. Ed infatti, la giurisdizione amministrativa è stata concepita come 'giurisdizione di mero annullamento' di atti amministrativi illegittimi. In buona sostanza, si riteneva che la retroattività dell'annullamento comportasse di per sé la rimozione *ab origine* dell'atto reputato illegittimo, ripristinando integralmente la situazione precedente.

In secondo luogo, la mancata previsione di un giudizio di esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo apparve la soluzione migliore per garantire l'autonomia dell'amministrazione a seguito di un intervento giurisdizionale di carattere demolitorio e, per tale via, il rispetto del principio di separazione dei poteri.

In questa prospettiva, invero, l'articolo 17, comma 3, della L. n. 5992/1889 (successivamente trasfuso nell'articolo 45 del r.d. n. 1054/1924) disponeva che, in caso di accoglimento del ricorso contro l'amministrazione, il giudice «annulla l'atto provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa».

Sulla stessa linea si collocava il Regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, approvato con r.d. n. 642/1907. L'articolo 65, comma 1, n. 5, infatti, disponeva che la decisione del giudice amministrativo dovesse contenere, come elemento formale, anziché la formula esecutiva tipica delle sentenze del giudice civile (articolo 475 del cod. proc. civ.), l'ordine che essa «sia eseguita dall'autorità amministrativa».

Il Regolamento precisava, inoltre, che «l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese», con ciò chiarendo che non si potesse instaurare un giudizio di esecuzione nei confronti dell'amministrazione nemmeno dinanzi al giudice ordinario, eccetto che per le spese di giudizio.

La possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo fu il frutto di una svolta giurisprudenziale, di cui rappresenta la prima espressione una storica pronuncia della IV Sezione del Consiglio di Stato⁹¹.

Nel caso di specie, il ricorrente, sostenendo che il Ministero della marina, non richiamandolo in servizio, avesse violato un precedente giudicato amministrativo di annullamento del provvedimento di collocamento a riposo, ha domandato la declaratoria dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato.

Ad avviso dei giudici, sebbene la concreta esecuzione del giudicato amministrativo spetti in proprio ed esclusivamente all'amministrazione, la «dichiarazione della lesione da parte dell'amministrazione di un interesse del privato giuridicamente protetto e, pertanto, dell'obbligo della amministrazione alla restaurazione del medesimo» costituiscono contenuto inscindibile della pronuncia di annullamento.

La decisione in commento, tuttavia, si è limitata ad enunciare la possibilità di impugnazione dell'atto negativo dell'amministrazione, non pronunciandosi sull'applicabilità del rimedio di cui all'articolo 27, n. 4, del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 per le sentenze del giudice amministrativo. In particolare, anche l'inerzia, comportamento omissivo e negativo della pubblica amministrazione nel dare esecuzione al giudicato, è stata qualificata come titolo legittimante il privato all'azione nei confronti della pubblica amministrazione.

L'esperibilità del rimedio sopra indicato, anche per le sentenze del giudice amministrativo, è stata affermata nel successivo caso Eikerman (v. Consiglio di Stato, V Sezione, 13 marzo 1931, n. 176), ove è stato statuito che «il ricorso, previsto dall'art. 27, n. 4, del citato t.u., non toglie all'interessato anche la facoltà di rivolgersi all'autorità superiore, investita degli ordinari controlli sull'amministrazione inadempiente, ma le due

⁹¹ Cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, 9 marzo 1928, n. 181, Intini c. Ministero della Marina, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2003, 131-134, ai sensi della quale «ove l'amministrazione, violando il giudicato amministrativo, abbia emesso un positivo concreto provvedimento difforme dalla dichiarazione di diritto contenuta nel predetto giudicato, bene è proponibile l'istanza del privato diretta all'annullamento del medesimo. Che, se l'amministrazione, di fronte al giudicato amministrativo, si sia mantenuta in atteggiamento negativo, poiché la perdurante omissione dell'amministrazione sempre importa lesione d'un legittimo interesse del privato, riconosciuto e dichiarato dal giudicato, bene è a ritenersi in tal caso ammissibile il ricorso del privato all'autorità giurisdizionale. Questa, riconfermando col sigillo di nuova pronuncia la perdurante violazione del legittimo interesse del privato e l'obbligo dell'amministrazione di ripararlo, costituirà, ove permanga *sine iusta causa* l'inazione dell'autorità amministrativa, legale titolo allo interessato per l'istanza, dinanzi alla competente autorità, di rifazione del danno».

vie non si escludono a vicenda potendo verificarsi il caso che l'autorità superiore gerarchica non esista o non provveda adeguatamente»⁹².

Inizialmente, il Consiglio di Stato ha limitato l'estensione del giudizio di ottemperanza alla tutela dei diritti soggettivi sottoposti alla sua cognizione nell'ambito della cosiddetta giurisdizione esclusiva. In relazione a tali diritti, infatti, poteva apparire più giustificata l'applicazione analogica di una giurisdizione di ottemperanza originariamente costruita per l'esecuzione delle sentenze del giudice ordinario⁹³.

Successivamente, la tutela è stata estesa altresì agli interessi legittimi.

La codificazione della suddetta, annosa, elaborazione giurisprudenziale è avvenuta soltanto con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 che, all'articolo 37, commi 3 e 4, stabiliva alcune regole volte ad individuare il giudice competente per l'ottemperanza delle sentenze dei tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato.

Il principio adottato era tendenzialmente quello per cui l'organo che aveva emanato la sentenza in sede di cognizione fosse competente a pronunciarsi sui ricorsi avverso l'inottemperanza, in quanto si presumeva che il giudice della cognizione fosse in grado di interpretare al meglio i vincoli nascenti dalla decisione e di valutare il comportamento tenuto dall'amministrazione.

Tuttavia, la L. n. 1034/1971 non dettava alcuna disciplina sul procedimento e sui poteri del giudice dell'ottemperanza, ad eccezione della previsione contenuta nell'articolo 27, comma 1, n. 4, la quale includeva il ricorso per l'ottemperanza tra quelli che seguono il procedimento in camera di consiglio.

Attualmente, il ricorso per ottemperanza trova compiuta disciplina nel codice del processo amministrativo.

2. Natura giuridica del giudizio di ottemperanza.

Il punto di partenza per tale tipo di analisi è la considerazione della natura della giurisdizione esercitata dal giudice dell'ottemperanza.

Come è noto, l'articolo 27, n. 4, del r.d. n. 1054/1924 annoverava i «ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione

⁹² Cfr. R. DIPACE, *La violazione del giudicato amministrativo ed il giudizio di ottemperanza*. Intini, Sezione IV, decisione 9 marzo 1928, n. 181. Il commento, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2003, 135 ss.

⁹³ Cfr. M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, 8.

di un diritto civile o politico» tra quelli su cui il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale «decide pronunciando anche in merito».

Nella stessa ottica, l'articolo 7 della L. n. 1034/1971 stabiliva che «il tribunale amministrativo regionale esercita giurisdizione di merito nei casi previsti dall'art. 27 del T.U. 26 giugno 1924 n. 1054».

Dal combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate si evince che al giudice dell'ottemperanza siano stati conferiti, fin dall'origine, poteri sostitutori.

Il principio di generale sostituibilità dell'attività amministrativa trova, pertanto, fondamento nella caratterizzazione del giudice dell'ottemperanza come giudice dotato di giurisdizione di merito⁹⁴.

Dispone, invero, l'articolo 134, comma 1, lettera *a*), del cod. proc. amm. che il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto l'attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato nell'ambito del giudizio di ottemperanza.

Come è noto, la giurisdizione di merito si connota, innanzitutto, per la possibilità conferita al giudice di sindacare il comportamento dell'amministrazione senza limitarsi al controllo del rispetto delle norme strettamente giuridiche, ma scendendo alla valutazione dei principi e delle regole della cosiddetta buona amministrazione.

In secondo luogo, l'attività che il giudice è chiamato a compiere non comprende esclusivamente la demolizione del provvedimento illegittimo, ma la sua (eventuale) sostituzione, o riforma.

Ne consegue che, in sede di ottemperanza, il giudice possa controllare fino in fondo l'effettiva ottemperanza dell'amministrazione al disposto ricavabile dalla sentenza di annullamento e fare sì che i provvedimenti necessari a garantire il ricorrente già vittorioso in sede di cognizione siano positivamente e concretamente resi.

Alla luce di quanto esposto, appare ragionevole concludere che l'estensione del giudizio di ottemperanza all'esecuzione delle sentenze amministrative e, dunque, all'adempimento di obblighi susseguenti ad un annullamento già intervenuto abbia di fatto ampliato l'ambito e il contenuto della giurisdizione di merito, investendo il giudice amministrativo finanche di poteri ricostruttivi⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 136 s.

⁹⁵ Cfr. B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, cit., 140.

Sulla natura giuridica del giudizio di ottemperanza si sono sviluppati tre orientamenti.

Secondo il primo, oggi minoritario, esso avrebbe natura di processo esecutivo.

A sostegno si richiama l'articolo 88 del Regolamento di procedura del Consiglio di Stato, ai sensi del quale l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese. In tale prospettiva, l'attribuzione al giudice dell'ottemperanza di giurisdizione estesa al merito troverebbe la sua *ratio* non nella necessità di ampliare i poteri del giudice a fini cognitori, quanto piuttosto nell'esigenza di consentirgli l'esercizio di poteri sostitutori rispetto all'amministrazione che persista in un atteggiamento di inerzia.

Per contrapposto orientamento, invece, il giudizio di ottemperanza avrebbe natura cognitoria.

In questo senso, si valorizza la circostanza che si tratti della più importante ipotesi di giurisdizione di merito, con conseguente possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione inadempiente nell'individuazione dei provvedimenti attuativi del giudicato, anche ove ciò comporti l'adozione di provvedimenti di natura discrezionale⁹⁶.

Al riguardo, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno sostenuto che «il giudizio amministrativo – già previsto dal r. d. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 27, n. 4, e poi L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 37 – preordinato ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato ha natura, sotto il profilo della struttura formale, di giudizio di cognizione, ancorché possa presentare la sostanza della mera esecuzione in relazione ai contenuti concreti del giudicato al quale l'amministrazione deve ottemperare. Tale natura discende dal presupporre il giudizio di ottemperanza, talvolta margini di discrezionalità amministrativa, sempre la possibilità di scegliere i modi concreti di esecuzione, cosicché l'intervento del giudice amministrativo è diretto ad imporre alla p.a. di eseguire quanto comandato dal giudicato, sostanzialmente costringendola ad eseguire spontaneamente l'obbligo, cioè dall'interno e non *ab externo*»⁹⁷.

⁹⁶ Cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 208 ss.

⁹⁷ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 marzo 2006, n. 7578, sul portale dejure.it.

A fronte delle due tesi sopra esposte, l'orientamento prevalente è quello che riconosce la natura mista del giudizio di ottemperanza, di esecuzione e di cognizione insieme⁹⁸.

In tale giudizio, infatti, il giudice accerta l'inadempimento dell'amministrazione, valutando ed individuando il mezzo necessario a rendere effettivo l'ordine di esecuzione. A tale fase di cognizione segue, pertanto, quella esecutiva, volta a dare in concreto esecuzione alla sentenza, con l'assegnazione di un termine per provvedere e la nomina di un commissario ad acta nell'ipotesi di persistente inottemperanza.

L'atteggiarsi del giudizio di ottemperanza è intimamente connesso alla natura ed alla consistenza della sentenza cui accede, recante la regola per il riesercizio del potere amministrativo. Non di rado, le statuizioni del giudicato sono incomplete, limitandosi ad annullare un provvedimento, o ad accertare la sussistenza, in capo all'autorità procedente, dell'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, lasciando ampio margine sulle modalità di esecuzione.

In tale ipotesi, se l'amministrazione resta inadempiente, spetta al giudice dell'ottemperanza stabilire le modalità concrete dell'agire provvedimentale.

Diversamente, quando la regola dettata dal giudicato è esplicita, completa, dettagliata e specifica, nel giudizio di ottemperanza vi è pura attività di esecuzione. E ciò è possibile in quanto vi sia stato accertamento pieno del rapporto in sede di cognizione.

Ai sensi dell'articolo 31, comma 3, del cod. proc. amm., infatti, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata, o non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, o non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Va, inoltre, tenuto fermo il limite invalicabile del giudicato. In quest'ottica, deve ritenersi escluso dall'alveo del giudizio di esecuzione il riesame di questioni già compiutamente definite in sede di cognizione.

Come recentemente sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la disciplina dell'ottemperanza, lungi dal ricondurre la medesima ad una mera azione di esecuzione delle sentenze o di altro provvedimento ad esse equiparabile, presenta profili diversi in merito a due ordini di questioni⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. D. GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*, cit., 26; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 2121; R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*, cit., 1929 ss.

⁹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, sul portale dejure.it.

Il primo attiene al ‘presupposto’, ovvero al provvedimento per il quale si chiede che il giudice disponga l’ottemperanza. Ed infatti, prima dell’entrata in vigore del cod. proc. amm., esisteva una duplice disciplina: quella del giudizio di ottemperanza, che aveva come presupposto il giudicato; e quella del giudizio di esecuzione, relativo alle sole pronunce del giudice amministrativo esecutive ancorché non passate in giudicato, introdotta con la L. n. 205/2000. Il d.lgs. n. 104/2010 ha unificato le due discipline specificando, in relazione ai tipi di sentenza per i quali si possa agire per ottemperanza, se occorra il rispettivo passaggio in giudicato, o sia sufficiente l’esecutività¹⁰⁰.

Il secondo ordine di questioni attiene, invece, al contenuto stesso della domanda, la quale può essere rivolta ad ottenere l’attuazione delle sentenze esecutive e passate in giudicato, nonché degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo; delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, oppure di altro giudice e per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza.

L’azione può essere altresì esperita per ottenere la condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione ed interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché per il risarcimento dei danni connessi all’impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione (articolo 112, comma 3, cod. proc. amm.).

Ai sensi dell’articolo 114, comma 4, lettere *b)* e *c)*, del d.lgs. n. 104/2010, il giudizio di ottemperanza può essere, inoltre, proposto per domandare la declaratoria di nullità e/o di inefficacia degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato e/o della sentenza esecutiva od altri provvedimenti per i quali l’azione sia ammissibile.

Costituisce elusione del giudicato amministrativo il comportamento dell’amministrazione che presenti caratteristiche puramente interlocutorie, pur prestando ossequio formale alla sentenza da eseguire.

Ai sensi dell’articolo 21-*septies* della L. n. 241/1990, il provvedimento amministrativo adottato in violazione od elusione del giudicato è nullo. E, al fine di consentire l’unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall’interessato a fronte della riedizione del potere, il legislatore ha disposto che il giudice competente a conoscere di questa specifica ipotesi di nullità sia il giudice dell’ottemperanza, in quanto giudice naturale dell’esecuzione.

¹⁰⁰ Cfr. R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*, cit., 1932.

Ed infatti se, ai sensi dell'articolo 31, comma 4, del cod. proc. amm., la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge deve essere proposta nel termine di decadenza di centottanta giorni, ove si tratti nullità per violazione od elusione del giudicato, l'azione deve essere esperita nel termine di prescrizione di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza (articolo 114, comma 1, cod. proc. amm.).

Non sempre è agevole distinguere, in concreto, se sussista violazione/elusione del giudicato o autonoma violazione.

Sul punto si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰¹.

Il caso di specie è apparso emblematico per la difficoltà incontrata dal ricorrente nell'individuare un chiaro percorso di accesso alla tutela giurisdizionale. Egli aveva, infatti, notificato due ricorsi, uno in sede di ottemperanza (dichiarato inammissibile dal giudice di primo grado) e uno in sede di cognizione.

Il Consiglio di Stato ha precisato che, in via generale ed al fine di consentire l'unitarietà dell'esame delle censure avverso il riesercizio del potere amministrativo, le relative doglianze debbano essere dedotte dinnanzi al giudice dell'ottemperanza.

Quest'ultimo è chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che attengono al prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato. Ove egli ritenga che il nuovo provvedimento adottato dall'amministrazione costituisca violazione od elusione del giudicato, dovrà dichiararne la nullità. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità, il giudice dovrà disporre la conversione dell'azione ai sensi dell'articolo 32, comma 2, del cod. proc. amm..

La conversione potrà essere disposta soltanto sussistendone i presupposti: la proposizione del ricorso nel termine decadenziale per la corretta instaurazione del contraddittorio e la competenza del giudice adito.

Giova, infatti, evidenziare che la suddetta conversione potrà essere disposta unicamente dal giudice dell'ottemperanza, dotato di competenza funzionale i sensi del combinato disposto fra l'articolo 21-*septies* della L. n. 241/1990 e gli articoli 14, comma 3, 113 e 114, comma 4, lettera *b*) del codice del processo amministrativo.

Al riguardo, il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la conversione del rito «si sostanzia infatti nella cancellazione del ricorso per ottemperanza dal ruolo degli affari in camera di consiglio e nella contestuale fissazione dell'udienza pubblica per giudizio di merito della domanda di impugnazione, al fine di

¹⁰¹ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, sul portale dejure.it.

osservare le forme tassativamente previste dall'art. 87 cod. proc. amm. per le diverse tipologie di azioni esperibili davanti al giudice amministrativo. Conseguentemente, la possibilità di emanare un simile provvedimento di carattere ordinatorio è impedito dall'assenza di un presupposto processuale quale la competenza, pacificamente non sussistente in capo a questo Consiglio di Stato in relazione all'ordinaria domanda di annullamento svolta in via subordinata dalla (..), e non derogabile al di fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 13, comma 4-*bis*, cod. proc. amm., tra i quali non rientra in tutta evidenza quello del cumulo dell'azione di ottemperanza con quello di cognizione.

Per quest'ultima è quindi ravvisabile, ai sensi dell'art. 5 del codice del processo, la competenza in primo grado dei tribunali amministrativi regionali, e precisamente del TAR Marche ai sensi dei criteri della sede dell'autorità emanante e degli effetti dell'atto enunciati al comma 1 del citato art. 13.

Pertanto, qualificata l'azione di cui ai motivi diversi dal primo come azione di annullamento ordinario, in applicazione analogica delle norme sul rilievo dell'incompetenza contenute nell'art. 15 del codice del processo, sulla base della *eadem ratio* consistente nel fatto che questo Consiglio di Stato è stato adito in unico grado ai fini dell'azione di ottemperanza svolta in via principale, oltre che ai fini della salvezza degli effetti sostanziali della domanda e di tutela del diritto d'azione *ex art. 24 Cost.*, la 'conversione dell'azione' richiesta dalla (...) deve tradursi nella dichiarazione di incompetenza, nell'indicazione del TAR Marche come giudice competente sulla stessa ai sensi del comma 4 della disposizione da ultimo richiamata, e nel richiamo al termine fissato dalla stessa per la riassunzione della causa davanti a quest'ultimo giudice»¹⁰².

In questo quadro si inserisce, infine, il ricorso esperito al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza.

Come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il legislatore «lungi dall'affermare che è 'l'azione di ottemperanza' ad essere utilizzabile in questi casi, afferma che è 'il ricorso' introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l'atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile», ovviamente dalla parte soccombente in sede di cognizione, dunque dalla pubblica amministrazione.

Dall'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza emerge, in buona sostanza, la «attuale polisemicità del 'giudizio' e dell' 'azione di ottemperanza', dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato

¹⁰² Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 1° ottobre 2015, n. 4604, sul portale dejure.it.

dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.»¹⁰³.

3. Le astreintes nel processo amministrativo.

Ai sensi dell'articolo 114, comma 4, lettera e), del cod. proc. amm., il giudice dell'ottemperanza ha il potere di fissare, su istanza di parte, un'astreinte processuale, ovvero una somma di denaro dovuta dalla pubblica amministrazione resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato.

Per alcuni autori si tratterebbe di una forma di risarcimento forfettario e anticipato del danno, da quantificare sempre con riferimento all'accertamento di un effettivo pregiudizio subito dal danneggiante. Per altri, invece, la disposizione in questione dovrebbe essere più correttamente ascritta alla categoria dei danni punitivi con la conseguente libertà del giudice di stabilire la somma da pagare senza essere vincolato dal danno subito e subendo. Essi avrebbero, in particolare, lo scopo di punire il danneggiante per un fatto grave e riprovevole aggiungendosi alle somme riconosciute al danneggiato per risarcire il pregiudizio effettivamente subito. In questo caso, in sede risarcitoria, il giudice, dopo avere accertato l'esistenza di un effettivo pregiudizio subito dal danneggiato, condannerebbe l'autore dell'illecito al pagamento di una somma ulteriore a titolo sanzionatorio.

Come è noto, l'opinione tuttora prevalente esclude che nel nostro ordinamento possano avere cittadinanza giuridica i danni punitivi e conseguentemente la Corte di Cassazione ha sempre rigettato le istanze di delibazione delle sentenze straniere che prevedevano una condanna al pagamento di somme di denaro a tale titolo. Alla luce di quanto esposto, la tesi che riconduce l'articolo 114, comma 4, lettera e), del cod. proc. amm. alla categoria dei danni punitivi non è suscettibile di accoglimento¹⁰⁴.

Sul punto si è recentemente pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Ad avviso dei giudici, la disposizione di cui sopra avrebbe introdotto, per la prima volta nel processo amministrativo italiano e sulla falsariga dell'ordinamento francese, una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadabile nell'ambito

¹⁰³ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, sul portale dejure.it.

¹⁰⁴ Cfr. V. NERI, *Il giudizio di ottemperanza*, sul portale giurisprudenza-amministrativa.it.

delle pene private o delle sanzioni civile indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice¹⁰⁵.

Il modello della penalità di mora troverebbe, tuttavia, un antecedente nell'ambito del processo civile e, nella specie, nell'articolo 614-*bis* del codice di rito, rubricato «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o non fare».

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, accolto dall'Adunanza Plenaria, la misura disciplinata dall'articolo 114, comma 4, lettera *e*), del cod. proc. amm. si distinguerebbe in modo significativo da quella prevista per il processo civile.

Ed infatti, mentre la sanzione di cui all'articolo 614-*bis* del cod. proc. civ. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, l'astreinte è irrogata dal giudice dell'ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale. Ne deriva che, nel processo civile, la sanzione sia ad esecuzione differita, o condizionata al fatto eventuale del futuro inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato; viceversa, nel processo amministrativo, l'astreinte, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d'ottemperanza, ha già accertato l'inadempimento del debitore.

Giova, inoltre, evidenziare come le astreintes disciplinate dal codice del processo amministrativo presentino, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto l'articolo 114, comma 4, lettera *e*), del d.lgs. n. 104/2010 non riproduce il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile.

La norma del codice del processo amministrativo non richiama, inoltre, i parametri di quantificazione dell'ammontare della somma fissati dall'art. 614-*bis* del cod. proc. civ., ma prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di 'ragioni ostative'¹⁰⁶.

Ebbene, sul presupposto che l'istituto disciplinato dal codice del processo amministrativo non sia sovrapponibile a quello parallelo previsto per il processo civile, l'Adunanza Plenaria ha, inoltre, preso posizione in modo chiaro ed argomentato sulla

¹⁰⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2014, n. 15, sul portale dejure.it.

¹⁰⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2014, n. 15, cit.; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 151.

delicata questione della applicabilità della ‘sanzione’ (pecuniaria) per la inesecuzione (o ritardata esecuzione) di sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro. Ed infatti, fino all’entrata in vigore delle modifiche alla disciplina introdotte dalla L. n. 208/2015, per il processo amministrativo mancava una esplicita previsione che limitasse la riferibilità delle penalità di mora al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile. Da qui il problema relativo alla possibilità di richiedere l’applicazione delle penalità anche nel caso di ottemperanza di sentenze aventi ad oggetto un dare pecuniario.

Secondo un primo orientamento, le astreintes non sarebbero compatibili con la sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro, in quanto il creditore risulterebbe sufficientemente tutelato di fronte all’inadempimento del debitore attraverso la corresponsione degli interessi legali e la liquidazione dell’eventuale maggior danno subito. In caso contrario, egli percepirebbe un indebito arricchimento.

Ulteriore argomento utilizzato per negare l’applicabilità delle astreintes alle condanne pecuniarie è quello secondo cui l’indiscriminata applicazione delle stesse avrebbe consentito una tutela diversificata dello stesso credito, a seconda del giudice scelto dalla parte. E poiché il creditore della pubblica amministrazione nel giudizio di ottemperanza può ottenere maggiori utilità rispetto a quelle ottenibili nel processo civile, ove l’istituto, ai sensi dell’articolo 614-*bis* del cod. proc. civ., sia limitato alle sole condanne di un *facere* infungibile, l’opzione ermeneutica avrebbe condotto – secondo la citata opinione – ad una tutela diversificata dello stesso credito.

L’orientamento prevalente, tuttavia, ne ammetteva l’applicazione anche per le sentenze di condanna pecuniaria, per le ragioni che si vanno, di seguito, ad esporre.

In primo luogo, il tenore letterale dell’articolo 114, comma 4, lettera *e*), del cod. proc. amm. non effettua alcuna distinzione fra tipologie di condanne rispetto al potere del giudice di disporre, su istanza di parte, la condanna dell’amministrazione inadempiente al pagamento della penalità di mora.

In secondo luogo, l’astreinte assolverebbe ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall’esecuzione della sentenza, ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all’adempimento.

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha composto il contrasto interpretativo, aderendo alla tesi estensiva che ritiene applicabili le penalità di mora a tutte le sentenze di condanna, incluse quelle al pagamento di somme di denaro. Ed infatti,

«la penalità di mora, nel processo amministrativo, assumendo una più marcata matrice sanzionatoria che completa la veste di strumento di coazione indiretta, si attegga a tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica surrogatoria che permea il giudizio d'ottemperanza. Detta fisionomia impedisce di distinguere a seconda della natura della condotta ordinata dal giudice, posto che anche per le condotte di *facere* o non *facere*, al pari di quelle aventi ad oggetto un dare (pecuniario o no), vige il requisito della surrogabilità/fungibilità della prestazione e, quindi, l'esigenza di prevedere un rimedio compulsivo volto ad integrare quello surrogatorio»¹⁰⁷.

Attualmente, l'articolo 1, comma 781, lettera *a*), della L. 28 dicembre 2015, n. 208, ha implementato la disposizione di cui all'articolo 114, comma 4, lettera *e*), del cod. proc. amm., stabilendo che, nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza. Detta penalità non può, inoltre, considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali.

4. Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed ottemperanza.

Il tema della coercibilità del decreto decisorio è inscindibilmente connesso alla dibattuta questione della natura giuridica di tale mezzo di tutela.

Ad avviso di un primo, maggioritario, indirizzo, esso avrebbe natura sostanzialmente giurisdizionale, in forza della esigenza di assicurare un grado di tutela non inferiore a quello conseguibile in sede giurisdizionale.

Secondo la più recente configurazione di tale orientamento, deporrebbero in tal senso gli interventi legislativi operati con la L. n. 69/2009 ed il codice del processo amministrativo.

L'articolo 69, comma 1, della L. n. 69/2009 ha modificato, infatti, l'articolo 13, comma 1, seconda parte, del d.P.R. n. 1199/1971, prevedendo espressamente la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale nella relativa sede consultiva.

¹⁰⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2014, n. 15, cit.

Il secondo comma dell'articolo 69 sopra citato ha, inoltre, reso vincolante il parere del Consiglio di Stato, con conseguente eliminazione della possibilità che il Ministero competente, nel formulare la proposta di decreto presidenziale, si discosti dal suddetto parere, sebbene previa sottoposizione della propria proposta al Consiglio dei Ministri.

A quanto poc'anzi esposto devono aggiungersi le novità introdotte dal codice del processo amministrativo, in particolare all'articolo 7, comma 8, secondo il quale il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

Oltre alle argomentazioni di carattere normativo, i sostenitori dell'orientamento in esame hanno valorizzato la garanzia del rispetto, anche in tale sede, del principio del contraddittorio. A riprova di ciò si deduce l'obbligo di notificare l'atto introduttivo del giudizio, nei modi e nelle forme prescritte per i ricorsi giurisdizionali, ad almeno uno dei controinteressati, ai quali è peraltro assegnato un termine per presentare memorie e per proporre ricorso incidentale (articolo 9 del d.P.R. n. 1199/1971).

Dirimente in tale senso è stato altresì ritenuto il principio di alternatività (articolo 8, comma 2, del d.P.R. n. 1199/1971), in base al quale il ricorso al giudice amministrativo contro il medesimo atto impugnato in sede straordinaria è inammissibile.

Osservano, infine, i fautori della tesi in commento che l'articolo 15 del d.P.R. n. 1199/1971, laddove prevede l'impugnabilità per revocazione dei decreti che decidono i ricorsi straordinari, ammette la configurabilità di un conflitto di giudicati tra quello derivante da una decisione giurisdizionale e quello discendente da una decisione del Capo dello Stato.

Emerge, a questo punto, la ricaduta pratica dell'opzione interpretativa suggerita dall'indirizzo esposto: l'ammissibilità del ricorso per ottemperanza del decreto presidenziale, con conseguente necessità di individuare il plesso giudiziario competente.

Secondo una prima impostazione, la decisione resa su un ricorso straordinario deve essere inquadrata nell'ambito dell'articolo 112, comma 2, lettera *b*), del codice del processo amministrativo, ovvero tra le 'sentenze esecutive e gli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo'. Ed infatti, l'evoluzione normativa recentemente intervenuta farebbe propendere per una qualificazione del decreto come decisione di giustizia, avente natura sostanzialmente giurisdizionale. Il parere del Consiglio di Stato sarebbe il frutto di una verifica di legittimità dell'atto impugnato, compiuta in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio.

In quest'ottica, il decreto decisorio costituirebbe una sostanziale estrinsecazione di funzione giurisdizionale, pertanto suscettibile di esecuzione.

Ad avviso di altra impostazione, invece, il decreto presidenziale rientrerebbe nella previsione di cui all'articolo 112, comma 2, lettera *d*), del d.lgs. n. 104/2010. Esso dovrebbe dunque essere incluso fra i provvedimenti, equiparati alle sentenze passate in giudicato, per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza.

Orbene, dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi discende una differente individuazione del giudice competente a decidere dell'eseguibilità del decreto decisorio, a norma dell'articolo 113 del codice del processo amministrativo.

Su altro fronte, vi sarebbero i sostenitori della natura amministrativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, desumibile da diversi elementi.

Innanzitutto, l'autorità responsabile della decisione finale sarebbe un organo amministrativo, non giurisdizionale. In secondo luogo, il parere reso dal Consiglio di Stato ed il decreto conclusivo del procedimento contenzioso, sebbene esso abbia contenuto decisorio, avrebbero, rispettivamente, natura e forma amministrativa.

Infine, ai sensi dell'articolo 13 del d.P.R. n. 1199/1971, il Consiglio di Stato non può ordinare direttamente, ma solo per il tramite del Ministero competente, chiarimenti o documenti alle parti, o disporre nuove verificazioni.

In buona sostanza, il procedimento in esame sarebbe governato da profili di specialità rispetto a quello giurisdizionale, i quali farebbero propendere per la qualificazione del decreto conclusivo come provvedimento amministrativo, solo per certi versi equiparabile ad una sentenza.

Ne conseguirebbe l'inammissibilità del ricorso per ottemperanza.

A risolvere il suddetto contrasto interpretativo è recentemente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha aderito alla tesi che riconosce al decreto decisorio del ricorso straordinario una natura sostanzialmente giurisdizionale, caratterizzata, nel regime generale della alternatività, dalla stabilità propria del giudicato e, pertanto, bisognosa di una tutela esecutiva pienamente soddisfattoria. In particolare, il Collegio ha sostenuto che il decreto decisorio integri un provvedimento esecutivo del giudice amministrativo ai sensi dell'articolo 112, comma 2, lettera *b*), del d.lgs. n. 104/2010. Ne consegue che il ricorso per ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'articolo 113, comma 1, del codice del processo amministrativo, dinnanzi al Consiglio

di Stato, nel quale si identifica ‘il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta’¹⁰⁸.

La riconducibilità del decreto presidenziale nell’alveo della lettera *b)* della disposizione sopra citata potrebbe, in realtà, destare qualche perplessità.

Ed invero, per quanto obbligatorio e vincolante, il parere del Consiglio di Stato resta pur sempre espressione di una funzione consultiva. Non sarebbe del tutto irragionevole, pertanto, una sua collocazione sotto la lettera *d)* dell’articolo 112, comma 2, del codice, almeno in attesa di un intervento del legislatore *de iure condendo*.

Giova, infine, segnalare la questione rimessa all’Adunanza Plenaria dalla Sezione IV del Consiglio di Stato e relativa all’esecuzione in ottemperanza dei decreti decisori emessi su ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica¹⁰⁹.

Si discuteva, in particolare, dell’ammissibilità del ricorso per ottemperanza dei decreti emessi prima dell’entrata in vigore della L. n. 69/2009, ovvero quando il parere del Consiglio di Stato era obbligatorio ma non vincolante, sebbene poi non fosse stato – in concreto – disatteso dall’Autorità governativa.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, condiviso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, i decreti resi antecedentemente all’introduzione nel sistema dell’articolo 69 della L. n. 69/2009 e delle disposizioni del d.lgs. n. 104/2010 erano e resterebbero atti materialmente amministrativi, non eseguibili tramite ricorso in ottemperanza, né ricorribili per Cassazione ai sensi dell’articolo 111 della Costituzione ma disapplicabili, eventualmente, dal giudice ordinario. Soltanto i decreti resi sotto la vigenza della disciplina introdotta dalla L. n. 69/2009, cui sarebbe riconducibile l’avvenuta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, integrerebbero ‘giudicato’ e sarebbero, pertanto, coercibili attraverso il rimedio dell’ottemperanza¹¹⁰.

L’Adunanza Plenaria ha condiviso l’orientamento sopra esposto, sostenendo che «non può essere riconosciuta valenza giurisdizionale e, quindi, l’intangibilità propria della res indicata ai decreti presidenziali adottati prima delle modifiche introdotte dall’art. 69 della L. n. 69 del 2009 e dall’art. 7 del d.lgs. n. 104 del 2010, in un contesto normativo in cui la decisione, pur esibendo nel suo nucleo essenziale la connotazione di statuizione di carattere giustiziale, non poteva ancora considerarsi espressione di ‘funzione

¹⁰⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 14 luglio 2015, n. 7, cit.

¹⁰⁹ Cfr. Consiglio di Stato, IV Sezione, ordinanza 7 novembre 2014, n. 5506, sul portale dejure.it.

¹¹⁰ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2012, n. 23464, sul portale dejure.it.

giurisdizionale' nel significato pregnante degli artt. 102, comma 1, e 103, comma 1, Cost.»¹¹¹.

¹¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 14 luglio 2015, n. 7, cit.

BIBLIOGRAFIA

- R. AMADEO - D. GIANNINI, *Il giudizio di esecuzione*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. Caringella - M. Protto, Roma, 2011.
- M. BRUNO, *Giudicato progressivo e diritto dell'Unione Europea. L'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria*, sul portale neldiritto.it.
- C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.
- V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*³, Torino, 2003.
- C. CALABRÒ, *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica, XV, Roma, 1989*.
- R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011.
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012.
- M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016.
- C. COMMANDATORE, *I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2016.
- F. CORDOPATRI, *La "crisi" del giudicato?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 4-5.
- F. CORDOPATRI, *Giudicato nazionale e osservanza del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 2.
- R. DE NICTOLIS, *Processo amministrativo. Formulario commentato*², Assago, 2013.
- R. DIPACE, *La violazione del giudicato amministrativo ed il giudizio di ottemperanza – Il commento – Intini. Sezione IV, decisione 9 marzo 1928, n. 181*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di Gabriele Pasquini e Aldo Sandulli, Milano, 2001.
- R. DIPACE, *L'inoppugnabilità dell'atto alla prova del nuovo processo amministrativo*, in www.amministrativamente.com – *Rivista di diritto amministrativo*, 2012, 2.
- F. FOGGIA, *Il giudicato a formazione progressiva. Perimetro applicativo e limiti del giudizio di ottemperanza*, sul portale neldiritto.it.
- M. FOSFORO, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 3.

- R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*¹⁰, Roma, 2016.
- D. GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*, Milano, 2011.
- G. GRASSO - F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, sul portale dirittopenalecontemporaneo.it.
- F. P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, Relazione al XXX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Cagliari, 2-3 ottobre 2015, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, 1.
- B. MAMELI, *L'esecuzione del giudicato in possibile contrasto con il diritto europeo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 3.
- L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo*², a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003.
- A. MEALE, *Giudicato esterno e poteri del giudice amministrativo. Il commento, nota a Cass. civ., Sez. Unite, Ordinanza 18 gennaio 2016, n. 691*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5.
- V. NERI, *Il giudizio di ottemperanza*, sul portale giurisprudenza-amministrativa.it.
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983.
- A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.
- G. SABATO, *Il risarcimento del danno senza "pregiudiziale di ottemperanza". Il commento, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, 4.
- D. SALARI, *Il giudicato sostanziale. Art. 2909*, in *Codice civile. Collana 'I codici commentati Giuffrè'*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2016.
- M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Giappichelli, Torino, 2014.
- B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.
- B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto – Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997.
- N. SPADARO, *Brevi considerazioni in tema di giudizio di ottemperanza, Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2*, in *Il Foro amministrativo – C.d.S.*, 2013, 7-8.
- N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza Plenaria*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, 4.

A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in Trattato di diritto amministrativo², a cura di S. Cassese, Diritto amministrativo speciale, V, Il processo amministrativo, Milano, 2003.

A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in Diritto processuale amministrativo, 2006, 4.

G. VITALE, *Brevi note sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea tra qualificazione del rapporto contrattuale interno e incidenza sul giudicato nazionale*, sul portale www.federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo.

S. L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in Diritto e processo amministrativo, 2015, 4.

S. L. VITALE, *Revocazione del giudicato civile e amministrativo per violazione della CEDU? Il Consiglio di Stato porta la questione alla Corte costituzionale*, in Il Corriere giuridico, 2015, 11.

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 giugno 1990, n. 5, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 21 febbraio 1994, n. 4, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 maggio 2006, n. 8, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, IV Sezione, 7 novembre 2000, n. 5972, sul portale giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Puglia, Bari, III Sezione, 8 febbraio 2007, n. 363, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Corte di Giustizia, Grande Sezione, 18 luglio 2007, C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.A., sul portale curia.europea.eu;

Consiglio di Stato, 1° agosto 2007, n. 4267, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 17 settembre 2008, n. 4390, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, IV Sezione, 28 maggio 2009, n. 3334, sul portale dejure.it;

Corte di Giustizia, 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento Olimpiclub s.r.l. c. Agenzia delle entrate, sul portale curia.europea.eu;

Consiglio di Stato, V Sezione, 18 dicembre 2009, n. 5642, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 2 febbraio 2010, n. 438, sul portale dejure.it;

Cassazione civile, III Sezione, 16 marzo 2010, n. 6326, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 15 aprile 2010, n. 2153, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 3 dicembre 2010, n. 8420, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15, sul portale dejure.it;

Cassazione civile, Sezione Tributaria, 30 dicembre 2011, n. 30780, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 10 gennaio 2012, n. 36, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, III Sezione, 20 aprile 2012, n. 2350 sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, VI Sezione, 19 giugno 2012, n. 3569, sul portale dejure.it;

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2012, n. 23464, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2, sul portale dejure.it;

Cassazione civile, Sezione lavoro, 19 marzo 2013, n. 6788, sul portale dejure.it;

Cassazione civile, II Sezione, 25 ottobre 2013, n. 24165, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, IV Sezione, 18 novembre 2013, n. 549, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 febbraio 2014, causa Staibano e altri c. Italia, sul portale presidenza.governo.it;

Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 febbraio 2014, causa Mottola e altri c. Italia, sul portale presidenza.governo.it;

Cassazione civile, III Sezione, 6 marzo 2014, n. 5245, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, VI Sezione, 26 marzo 2014, n. 1472, sul portale dejure.it;

Corte di Giustizia, 10 luglio 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti c. Comune di Bari, sul portale curia.europea.eu;

Consiglio di Stato, IV Sezione, 6 ottobre 2014, n. 4987, sul portale dejure.it;

Corte di Giustizia, X Sezione, 6 novembre 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda, sul portale curia.europea.eu;

Cassazione civile, Sezioni Unite, 27 ottobre 2014, n. 22745, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, IV Sezione, ordinanza 7 novembre 2014, n. 5506, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, ordinanza 4 marzo 2015, n. 2, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 17 marzo 2015, n. 1366, sul portale dejure.it;

T.A.R. Liguria, Genova, II Sezione, 5 giugno 2015, n. 541, sul portale dejure.it;

T.A.R. Sardegna, Cagliari, I Sezione, 18 giugno 2015, n. 880, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 luglio 2015, n. 7, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, IV Sezione, 29 maggio 2015, n. 2690, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, V Sezione, 1° ottobre 2015, n. 4604, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, VI Sezione, 11 gennaio 2016, n. 53, sul portale dejure.it;

Cassazione civile, Sezioni Unite, ordinanza 18 gennaio 2016, n. 691, sul portale dejure.it;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 giugno 2016, n. 11, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, IV Sezione, 1° agosto 2016, n. 3475 sul portale dejure.it;

Cassazione civile, II Sezione, 3 febbraio 2017, n. 2936 sul portale dejure.it;

T.A.R. Sardegna, I Sezione, 13 febbraio 2017, n. 102, sul portale giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, III Sezione, 14 febbraio 2017, n. 660, sul portale dejure.it;

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 febbraio 2017, n. 5058, sul portale dejure.it.

INDICE

CAPITOLO I: Il giudicato.	2
1. Nozione e caratteri.	2
2. Il giudicato civile.	3
3. Il giudicato amministrativo.	5
4. Questioni pregiudiziali e questioni preliminari di merito.	12
5. Sull'estensione oggettiva del giudicato amministrativo.	14
CAPITOLO II: Giudicato e sopravvenienze.	25
1. Vincolo conformativo del giudicato e normativa sopravvenuta.	25
2. Giudicato nazionale in contrasto con il diritto comunitario: intangibilità o cedevolezza?	33
3. Provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile e contrasto con il diritto europeo.	47
4. Giudicato amministrativo e contrasto con la CEDU.	48
CAPITOLO III: Il giudizio di ottemperanza.	55
1. Inquadramento storico.	55
2. Natura giuridica del giudizio di ottemperanza.	58
3. Le astreintes nel processo amministrativo.	65
4. Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ed ottemperanza.	68
BIBLIOGRAFIA	73
INDICE	78