

L'incidenza dello *ius superveniens* nell'esecuzione e formazione del giudicato.

di Vittoria DEL MERCATO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La fase che precede il giudicato: rilevanza delle sopravvenienze sul procedimento e sul provvedimento. **3.** Effetto conformativo del giudicato e riedizione del potere amministrativo. **4.** Il sindacato del giudice dell'ottemperanza in ordine alla situazione di fatto e di diritto *medio tempore* prodottasi. **5.** L'intervento dell'Adunanza Plenaria alla luce delle sollecitazioni dell'ordinamento sovranazionale. **6.** Brevi conclusioni.

1. Premessa.

L'individuazione di un punto di equilibrio fra l'esigenza di rispettare la naturale dinamicità dell'azione amministrativa¹ e, al contempo, di tutelare la certezza dei rapporti giuridici che sottende la formazione del giudicato², ha dato adito ad un quadro eterogeneo e multiforme, a fronte della polisemicità del giudizio di ottemperanza³, nell'alveo di uno sviluppo di situazioni giuridiche che tende

* Avvocato.

¹ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940 e *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 591 e ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I e II, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 492 e ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 126 e ss.

² E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 876 e ss.; L. MARUOTTI, *Il giudicato amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942, p. 219; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, pp. 23 e ss.

³ F. PATRONI GRIFFI, *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza* in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 799 e ss.; S. BINI, *Giudicato e ottemperanza*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di CLARICH e FONDERICO, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007, p. 311; F. FIGORILLI, *La difficile mediazione della Plenaria fra effettività della tutela e riedizione del potere nel nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Urb. e App.*, 2013, pp. 8-9, p. 952; M. GALATI, *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo e garanzia di effettività della tutela: la lentezza della Plenaria*, in *Rivista Nel diritto*, 2013, n. 4, p. 713; R. GRECO, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela: l'evoluzione dei poteri del giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2014.

ad una sempre maggiore sensibilizzazione verso le sopravvenienze fattuali e normative⁴.

La composizione del complesso assetto di interessi che viene in rilievo nella delicata fase di riedizione del potere amministrativo è, pertanto, influenzata dal contenuto poliedrico del giudicato⁵, nonché dal carattere di progressiva formazione dello stesso nell'ambito del giudizio di ottemperanza⁶, rispetto al quale emerge la necessità di circoscrivere l'esatta portata del principio di intangibilità della sentenza divenuta irrevocabile a fronte dello *ius superveniens*, anche alla luce delle sollecitazioni provenienti dall'ordinamento sovranazionale.

La problematica che permea la *quaestio iuris* in esame fa emergere le medesime tensioni di fondo che governano già la fase anteriore alla formazione del giudicato, in cui si ripropone la costante dialettica tra la flessibilità dell'incedere dell'azione amministrativa e la tutela del legittimo affidamento serbato dal privato⁷.

Per tale ragione la giurisprudenza, nel tracciare i principi di riferimento circa la perimetrazione dell'incidenza delle sopravvenienze rispetto all'esecuzione di una sentenza definitiva, ha declinato, nei limiti della compatibilità, le analoghe coordinate già elaborate in riferimento alla fase anteriore alla formazione del giudicato⁸, adeguandole alla necessità che l'esecuzione dello stesso non degeneri in una continua rimessa in discussione dell'oggetto del ricorso introduttivo del giudizio, in quanto, altrimenti opinando, risulterebbero violati i principi di ragionevole durata del processo, di effettività della tutela giurisdizionale, di stabilità e certezza dei rapporti giuridici.

2. La fase che precede il giudicato: rilevanza delle sopravvenienze sul procedimento e sul provvedimento.

⁴ F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2012, p. 136.

⁵ Relativamente all'aspetto conformativo delle sentenze passate in giudicato, F. BENVENUTI, s. v. *Giudicato* (dir. Amm.), *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1968, XVIII, pp. 899 e ss; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 299 ss; A. CASSATELLA, *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2008, pp. 528 e ss.

⁶ M. NIGRO, *op. cit.*, p. 411.

⁷ G. ALPA e R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, *Neldiritto*, 2016, pp. 581 e ss.; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 241 e ss.

⁸ M. SANTISE, *op. cit.*, p. 245.

La riproposizione delle difficoltà ermeneutiche, concernenti il bilanciamento di analoghe esigenze in conflitto, impone una analisi della rilevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto in riferimento all’emanazione del provvedimento amministrativo; sul punto, occorre in primo luogo distinguere fra la fase anteriore e la fase successiva all’adozione dello stesso⁹.

Invero la fase anteriore, essendo connotata dalla esistenza di un iter procedimentale in corso, è improntata al principio del *tempus regit actum* che ha una valenza ordinamentale generale e si sostanzia nella regola secondo cui ogni atto giuridico è regolato dalle disposizioni in vigore al momento della sua emanazione¹⁰.

La giurisprudenza ha affermato che la corretta applicazione del principio in parola comporta la necessità di superare il pregresso orientamento volto a ritenere cristallizzato l’assetto normativo al momento dell’avvio del procedimento, per cui non avrebbero rilevanza le sopravvenienze di fatto e di diritto intervenute nel suo svolgimento. Al contrario, la legittimità del provvedimento deve essere valutata con riguardo alla disciplina vigente al momento dell’emanazione dello stesso, con la conseguenza che deve essere ammessa la rilevanza delle sopravvenienze nel corso del procedimento¹¹.

E’ stato chiarito che tale principio trova applicazione non solo rispetto all’emanazione del provvedimento finale¹², ma anche in riferimento all’adozione dei singoli atti che scandiscono il procedimento *in itinere*¹³. Tale impostazione è in linea con l’esigenza di addivenire ad un esito procedimentale quanto più possibile rispondente alla disciplina del tempo in cui si realizza, ma incontra deroghe in presenza di procedure concorsuali in cui l’espletamento dei singoli atti è interamente disciplinato dal bando di gara¹⁴.

⁹ M. SANTISE, *op. cit.*, pp. 241 e ss.

¹⁰ Sul principio del *tempus regit actum* cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 405; G. D. COMPORATI, *Tempus regit actionem, Contributo allo studio del diritto intertemporale nei procedimenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2001; A. M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 96.

¹¹ Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2012, n. 34; sez. V, 23 giugno 2014, n. 3149 e 12 marzo 2015, n. 1313; Cons. St., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1450.

¹² Cfr. Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2012, n. 445.

¹³ In riferimento agli atti che definiscono le singole fasi del procedimento cfr. Cons. St., sez. V, 12 maggio 2015, n. 2356.

¹⁴ Il principio del *tempus regit actum* non si applica alle procedure concorsuali *in itinere* in quanto scandite dall’espletamento di attività che sono prive di una propria autonomia, poichè interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento dell’indizione delle stesse, tuttavia viene

Viceversa, nella fase successiva all'emanazione del provvedimento amministrativo il principio del *tempus regit actum* deve essere temperato e assume differenti connotazioni; in particolare, il principio in esame esplica la propria efficacia solo qualora il rapporto cui l'atto inerisce sia irretrattabilmente definito e, dunque, diventi insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento¹⁵.

In siffatte ipotesi il sopravvenire di una nuova disciplina non può incidere sul provvedimento amministrativo, salvo che non si tratti di una norma di interpretazione autentica¹⁶, in ogni caso la pubblica amministrazione conserva il potere di intervenire in autotutela secondo le regole e i limiti della stessa. Per tale ragione, la giurisprudenza ha chiarito che, qualora non sussistano le condizioni per l'esercizio del potere di riesame, non è possibile validare ex post un'azione amministrativa che al momento in cui era stata adottata si appalesava illegittima¹⁷.

Tuttavia, il principio in virtù del quale la legittimità di un atto deve essere valutata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione non opera qualora il rapporto ad esso sotteso non assuma i caratteri della definitività. In tale contesto, il criterio discretivo viene individuato nel carattere esaurito o meno del rapporto regolato dal provvedimento, il cui corollario applicativo si rinviene nella necessità di operare

fatta salva la possibilità che sia diversamente disposto dal bando di gara. Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 24 maggio 2011, n. 9; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 dicembre 2013, n. 5545; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 ottobre 2013, n. 9045. Se la normativa sopravvenuta è norma di interpretazione autentica tale impostazione è destinata a mutare poiché la stessa, esplicando un effetto retroattivo, inciderà anche sulla procedura concorsuale in svolgimento, salva la valutazione di legittimità costituzionale della norma, sul punto cfr. M. SANTISE, *op. cit.*, p. 244. Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto che le sopravvenienze normative possono rilevare nei limiti in cui il mutamento della disciplina sostanziale della procedura concorsuale possa giustificare la scelta dell'amministrazione di bandire una nuova gara, invece di procedere allo scorrimento della graduatoria, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14.

¹⁵ In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, in tema di rilascio del permesso di soggiorno agli extracomunitari, rispetto ai rapporti *sub iudice* non ancora esauriti, essendo pendente l'appello, deve essere applicato il nuovo testo dell'art. 9 d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 che, in attuazione della direttiva 2003/ 109/ CE, prevede che l'eventuale diniego del "permesso per lungo soggiornanti" debba essere sorretto da un giudizio di pericolosità sociale che esuli da automatismi concernenti le condanne penali riportate, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 10 maggio 2011, n.7 e 8.

¹⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2014, n.311.

¹⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2892.

la distinzione fra provvedimenti ad efficacia istantanea e provvedimenti ad efficacia durevole. Mentre rispetto ai primi non rilevano le sopravvenienze, avendo gli stessi già esaurito i propri effetti, invece rispetto ai provvedimenti ad efficacia durevole si riconosce l'incidenza delle stesse in tutti i casi in cui il rapporto non ha esaurito i propri effetti e, dunque, l'amministrazione è tenuta a rivalutare la complessa vicenda alla luce del nuovo contesto normativo e fattuale¹⁸.

In particolare, il rapporto non può essere considerato esaurito, ma sottende ulteriori sviluppi durevoli nel tempo, nelle ipotesi in cui siano stati esperiti gli idonei mezzi giudiziari volti a contestare l'assetto prodotto dall'atto impugnato, con conseguente rilevanza dello *ius superveniens* in riferimento ai rapporti *sub iudice* non definiti con sentenza irrevocabile¹⁹.

Mentre il rapporto *sub iudice* è, per sua natura, connotato dal non esaurimento degli effetti che da esso scaturiscono, viceversa, una volta formatosi il giudicato, diviene più complessa l'indagine circa l'attitudine della fattispecie a produrre ulteriori effetti giuridici, in considerazione del principio di intangibilità della sentenza definitiva²⁰.

3. Effetto conformativo del giudicato e riedizione del potere amministrativo.

Il principio di intangibilità del giudicato viene letto alla luce del contenuto poliedrico dello stesso che, unitamente agli effetti costitutivi e preclusivi, produce altresì effetti conformativi da cui scaturisce l'obbligo della pubblica amministrazione di conformare alle prescrizioni ivi contenute l'attività di riedizione del potere amministrativo²¹.

L'effetto conformativo, che concerne le sole sentenze non autoesecutive che richiedono l'adozione di successivi atti da parte della pubblica amministrazione²², viene declinato secondo una intensità diversa a seconda

¹⁸ M. SANTISE, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹ *Ibidem*, si richiama Cons. St., sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 1133; Cons. St., sez. VI, 3 agosto 2010, n. 5148 e 7541; Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2010, n. 9336; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6566; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2009, n. 571; Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5624.

²⁰ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *Studi e contributi*, 2010.

²¹ Cons. St., sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409.

²² L'effetto conformativo non si produce con riguardo alle sentenze autoesecutive per le quali, a fronte di un interesse oppositivo vantato dal ricorrente, non si richiede l'adozione di ulteriori atti

che il riesercizio del potere amministrativo si sostanzia in una attività vincolata o discrezionale²³.

Invero, nelle ipotesi in cui la riedizione dell'attività amministrativa sia espressione di un potere vincolato, l'effetto conformativo che scaturisce dal giudicato ha una valenza pregnante poiché le relative prescrizioni discendono da un giudizio che ha sindacato direttamente il rapporto e, dunque, la spettanza del bene di vita. Viceversa, allorquando il giudicato contenga prescrizioni che si limitino a sindacare la legittimità dell'atto, senza penetrare nelle maglie del rapporto, l'effetto conformativo che si produce rispetto alla riedizione dell'attività amministrativa non può coprire i poteri amministrativi non ancora esercitati, nonché gli spazi lasciati in bianco alla sentenza definitiva²⁴.

Il concreto dipanarsi dell'effetto conformativo del giudicato ha avuto importanti ricadute applicative in ordine all'incidenza delle sopravvenienze nell'esecuzione da parte della pubblica amministrazione della sentenza definitiva.

da parte della pubblica amministrazione; viceversa viene in rilievo rispetto a sentenze non autoesecutive nei casi in cui per soddisfare un interesse pretensivo del privato l'amministrazione deve adottare un nuovo provvedimento, cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 2114.

²³ In presenza di una attività amministrativa vincolata o quasi-vincolata, anche sul piano tecnico, il giudicato produce un effetto conformativo sostanzialmente pieno sull'attività amministrativa successiva al giudicato stesso, perché stabilisce quali sono le modalità di svolgimento della futura azione amministrativa; in presenza invece di una attività che resta connotata da discrezionalità, quand'anche tecnica, l'effetto conformativo è solo parziale: il principio di separazione dei poteri, che ha rilevanza costituzionale, impedisce infatti che il giudice possa definire profili del rapporto che attengono al merito delle scelte amministrative, ne consegue che l'attività dell'amministrazione successiva al giudicato dovrà rispettare le regole giudiziali e, per le parti non oggetto della sentenza, le regole legali, cfr. Cons. St., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 769.

²⁴ L'Adunanza Plenaria in riferimento al giudicato di annullamento per vizi sostanziali di un provvedimento espressione di discrezionalità tecnica ha chiarito che non è preclusa, in sede di riedizione del potere amministrativo, una nuova valutazione di questioni non indicate dal giudicato come necessitanti di un riesame e non integra *ex se* una violazione o elusione del giudicato deducibile in sede di ottemperanza, purchè la nuova valutazione derivi da una palese e grave erroneità del giudizio precedente e non sia invece espressione di una gestione ondivaga e contraddittoria del potere contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio di buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede, cfr. G. MARI, *Ottemperanza e riedizione del potere (A.P. n. 2 del 2013)*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, Treccani, 2014; F. FOGGIA, *La fisionomia del giudizio di ottemperanza alla luce dell'Adunanza Plenaria*, N.2/2013, in *Rivista Neldiritto*, 2013, 6, 1111.

In specie, rispetto all'esecuzione del giudicato amministrativo, l'incidenza della normativa sopravvenuta va diversamente definita in base alla circostanza che la sentenza abbia statuito in modo pieno sul rapporto o invece non abbia pienamente vincolato la successiva attività amministrativa. Nel primo caso il giudicato prevale sulla normativa sopravvenuta, in quanto l'effetto conformativo si manifesta in modo pieno, mentre nel secondo caso lo *ius superveniens* integra la disciplina che l'amministrazione è tenuta ad applicare, qualora intervenga negli spazi lasciati liberi dal giudicato non coperti dall'effetto conformativo dello stesso²⁵.

Sulla scorta di tali premesse, la Suprema Corte ha applicato le analoghe coordinate già tracciate in punto di rilevanza delle sopravvenienze nella fase anteriore alla formazione della sentenza definitiva, ma declinandole all'esigenza di realizzare una esatta attuazione del giudicato che non tradisca l'effetto conformativo dello stesso, per tale ragione ha individuato come criterio discrezionale il carattere esaurito o meno del rapporto giuridico su cui incide la sentenza definitiva. Ne deriva che se la fattispecie costitutiva ha esaurito il suo ciclo di perfezionamento con la formazione del giudicato, che dunque definisce vicende orientate al passato, l'assetto realizzatosi diviene insensibile alle successive sopravvenienze, viceversa queste ultime rilevano qualora il giudicato intervenga su vicende orientate al futuro che presuppongono ulteriori sviluppi²⁶.

La giurisprudenza ha ritenuto che in linea di principio l'esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione può incontrare limiti nella incidenza delle

²⁵ «In presenza di azioni che [...] non sono idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerti pienamente il rapporto controverso, la relazione tra legge successiva e giudicato assume 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 ha soltanto nel caso in cui la predetta normativa sovrappone 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», cfr. Cons. St., Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

²⁶ Cass. Civ., S.U., 9 novembre 2011, n. 23302, in www.giustiziaamministrativa.it; G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 9 novembre 2011, n. 23302: Sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza delle sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un vuoto sostanziale di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2012, p. 136.

sopravvenienze di fatto e di diritto verificatesi anteriormente alla notificazione della sentenza. Ne deriva che le sopravvenienze sono strutturalmente irrilevanti nell'ambito delle situazioni giuridiche istantanee per le quali trova applicazione la normativa vigente al momento della notificazione della sentenza definitiva, mentre incidono sulle situazioni giuridiche durevoli per il solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica²⁷.

Tale impostazione risulta coerente anche con l'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo in sede di ottemperanza poiché, nell'ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia accertato la fondatezza della pretesa dedotta, l'eventuale giudizio ha natura di sola esecuzione e le statuizioni cristallizzate dal giudicato prevalgono sulla normativa sopravvenuta; viceversa, nelle ipotesi in cui il giudicato non abbia statuito sull'intero rapporto controverso, esso contiene una regola incompleta su cui può incidere la normativa sopravvenuta, che in tal senso può essere integrata giudizialmente, dando vita al giudicato a formazione progressiva²⁸.

4. Il sindacato del giudice dell'ottemperanza in ordine alla situazione di fatto e di diritto *medio tempore* prodottasi.

L'effetto conformativo che scaturisce dalla sentenza definitiva, come è noto, comporta che l'inottemperanza della pubblica amministrazione non si sostanzia più solo in una inerzia, ma altresì in un *facere* che realizzi una esecuzione parziale o inesatta e, dunque, dia vita ad una ipotesi di violazione o elusione del giudicato²⁹.

L'adesione alla teoria mista, in virtù della quale rispetto alle sentenze pronunciate dal giudice amministrativo il giudizio di ottemperanza ha una natura necessariamente di esecuzione ed eventualmente anche di cognizione³⁰,

²⁷ Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2690; Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4227; Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n. 2547; Cons. St., sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7761.

²⁸ Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

²⁹ G. ALPA e R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 2129.

³⁰ La natura del giudizio di ottemperanza è stata oggetto di un acceso dibattito dottrinale fra quanti valorizzavano i poteri esecutivi esercitati dal giudice in sede di ottemperanza e quanti, invece, ne ponevano in risalto i poteri cognitori; in posizione intermedia si è posta la teoria della natura mista che ha chiarito come il giudizio di ottemperanza abbia natura sia di esecuzione che di cognizione, cfr. M. NIGRO, *op. cit.*, p. 191.

ha condotto alla tesi del giudicato a formazione progressiva che postula, a sua volta, la polisemicità del giudizio in questione³¹.

Invero, il giudice amministrativo in sede di ottemperanza può esercitare una giurisdizione cognitoria, scevra di profili di esecuzione in senso stretto, in tutti i casi in cui sia necessario integrare le statuizioni dell'originario disposto della sentenza al fine di dare concreta attuazione alla stessa.

Tale giurisdizione cognitoria incontra, in ogni caso, il limite invalicabile costituito dalla circostanza per cui il potere di interpretazione del giudicato, che è consustanziale al giudizio di ottemperanza, presuppone che le pronunce integrative di esso siano ammissibili solo se i momenti di cognizione siano strettamente consequenziali o connessi al giudicato medesimo, non essendo invece configurabili momenti di cognizione autonomi.

Ne deriva che il potere di interpretazione e di integrazione della sentenza definitiva concerne in particolare tutte le ipotesi in cui si impone alla pubblica amministrazione il riesercizio del potere amministrativo, poiché è in tali casi che il giudicato amministrativo è fonte di effetti più ampi rispetto a quelli cristallizzati nel dispositivo³²; in tale ottica la figura del giudicato a formazione progressiva è espressione del potere del giudice dell'ottemperanza di riempire

³¹ L'azione di ottemperanza non è inquadrabile nello schema della mera azione esecutiva di sentenze o di altri provvedimenti equiparabili, ma presenta profili di carattere cognitorio che arricchiscono il contenuto della domanda, atteso che il giudice dell'ottemperanza esercita ampi poteri conferiti dalla legge, integrando l'originario disposto della sentenza impugnata dinanzi ad esso con determinazioni che non ne costituiscono una mera esecuzione, ma una attuazione in senso stretto, dando luogo al cd. giudicato a formazione progressiva. Cfr. Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1558.

³² Il giudicato amministrativo è fonte di effetti più ampi rispetto alla statuizione cristallizzata nel dispositivo, effetti che si traducono in obblighi conformativi che impongono all'amministrazione nelle successive occasioni di esercizio del potere o nei successivi comportamenti relativi alla stessa vicenda già incisa dal giudicato di tener conto anche delle qualificazioni giuridiche e delle prescrizioni contenute nella sentenza amministrativa, le quali, anche se non trovano perfetta corrispondenza nel dispositivo, hanno comunque la funzione di conformare la successiva attività o il successivo comportamento dell'amministrazione; è quindi violativa del giudicato, e tale violazione può essere fatta valere in sede di ottemperanza, la condotta dell'amministrazione che, seppur formalmente non in contrasto con lo spirito della sentenza, ne tradisca tuttavia la portata conformativa, quale desumibile appunto dalla motivazione; la tradizionale affermazione secondo cui il giudicato amministrativo è un giudicato a formazione progressiva e che il giudizio di ottemperanza non ha natura meramente esecutiva ma anche cognitiva vuole esprimere proprio questo principio ovvero che la regola di comportamento che deriva dal giudicato in capo all'amministrazione non è solo quella scolpita nel dispositivo. Cfr. Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2680.

gli spazi vuoti lasciati dal giudicato in sede di cognizione, nei limiti in cui l'esercizio di tale potere risulti strettamente consequenziale o connesso all'attuazione della sentenza definitiva³³.

Orbene il principio, secondo cui la regola di comportamento che deriva dal giudicato non è solo quella scolpita nel dispositivo, deve essere declinato nell'ambito della *questio* concernente l'ammissibilità, nonché i relativi limiti, del sindacato del giudice dell'ottemperanza rispetto alle sopravvenienze di fatto o di diritto che si prospettano nel corso dell'esecuzione della sentenza definitiva. Sul punto bisogna avere riguardo alle predette coordinate tracciate dalla giurisprudenza secondo cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto o di diritto che incidono su fattispecie non esaurite³⁴, per cui in tali casi si deve riconoscere al giudice dell'ottemperanza il relativo potere di integrare e, addirittura, di variare le statuizioni della decisione da eseguire.

La giurisprudenza non nega il tradizionale insegnamento secondo cui il giudice dell'ottemperanza non è titolare di poteri cognitori autonomi, ma ritiene che, nel potere di integrazione del giudicato finalizzato alla sua attuazione, vi rientri altresì l'individuazione della corretta portata della decisione che coinvolga un rapporto non ancora esaurito sensibile alle sopravvenienze in questione³⁵. Pertanto, in sede di ottemperanza si potrà sindacare l'attività di esecuzione del giudicato da parte della pubblica amministrazione, a fronte del verificarsi di sopravvenienze, nei limiti in cui le stesse, venendo in rilievo nel riesercizio del

³³ Nel processo amministrativo l'istituto del giudicato a formazione progressiva è caratterizzato dal fatto che il giudice dell'ottemperanza, riempiendo gli spazi vuoti lasciati dal giudicato, può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che sarebbero comunque devoluti alla sua giurisdizione. Cfr. Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5380.

³⁴ Cfr. nota n. 27.

³⁵ «Più in dettaglio la giurisprudenza ha precisato che in sede di esecuzione del giudicato assumono rilievo le sopravvenienze normative o di fatto, a cui si attribuisce, perciò, la capacità di limitare o escludere gli effetti ulteriori del giudicato, imponendo al giudice, in sede di esecuzione di questo, di integrare e talora addirittura di variare le statuizioni della decisione da eseguire [...] Perciò al momento dell'ottemperanza alla decisione si deve indagare se il ripristino della posizione soggettiva (illegittimamente) sacrificata risulti compatibile con lo stato di fatto e di diritto medio tempore prodottosi», cfr. Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4227.

potere amministrativo, sono destinate a riflettersi sulla concreta attuabilità della sentenza definitiva³⁶.

Ne consegue che, nel caso in cui la reiterazione della funzione amministrativa sia improntata a discrezionalità, il confine fra vizi denunciabili in sede di ottemperanza e in sede cognitoria va ravvisato nella natura degli stessi, poichè può essere vagliato dal giudice dell'ottemperanza il provvedimento adottato dall'amministrazione che tradisca la portata conformativa della sentenza, più ampia rispetto a quella cristallizzata nel dispositivo, inscrivendosi nell'alveo del giudicato a formazione progressiva, viceversa gli spazi lasciati vuoti dalla sentenza definitiva, che riguardano esclusivamente lo spazio valutativo rimesso all'amministrazione, sono denunciabili solo in via cognitoria³⁷.

5. L'intervento dell'Adunanza Plenaria alla luce delle sollecitazioni dell'ordinamento sovranazionale.

L'Adunanza Plenaria con sentenza n. 11/2016³⁸ è di recente intervenuta nuovamente sulla questione in esame, richiamando i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di delimitazione degli effetti delle sopravvenienze giuridiche e fattuali in ordine alla portata precettiva del giudicato.

³⁶ Sul punto la giurisprudenza ha precisato che «l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato di 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 dalla decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza. La questione si pone 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. In tal caso [...] non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice». Cfr. Cons. St., sez. IV, 27 luglio 2016, n. 3394.

³⁷ Invero in caso di rinnovo della funzione amministrativa, «in esito a un giudicato di annullamento di atti in precedenza emanati nell'esercizio della stessa funzione, la linea di demarcazione tra azione di ottemperanza e azione impugnatoria passa attraverso l'individuazione dei vizi dedotti, operazione questa particolarmente delicata nei casi in cui la funzione amministrativa sia improntata a discrezionalità; deve quindi ritenersi che, in caso di reiterazione, in esito a giudicato di annullamento, di atti emanati nell'esercizio di una funzione connotata da discrezionalità, l'afflizione dell'attività da eventuali nuovi vizi dà luogo a violazione o elusione del giudicato solo qualora l'atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute; invece qualora i vizi ineriscano esclusivamente allo spazio valutativo rimesso dalla pronuncia di annullamento all'autorità amministrativa nel riesercizio della sua funzione, si configureranno vizi di legittimità affliggenti tale attività, denunciabili in via cognitoria-impugnatoria», cfr. Cons. St., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2730.

³⁸ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

La pronuncia in questione sottolinea come il principio di intangibilità del giudicato sia posto a presidio dell'esigenza di garantire la ragionevole durata del processo, l'effettività della tutela giurisdizionale, nonché la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici. Al contempo, viene evidenziato come l'obbligo di esecuzione del giudicato con effetto retroattivo non ha carattere assoluto, ma deve essere temperato in considerazione della natura dell'interesse legittimo coinvolto³⁹.

Invero, nelle ipotesi in cui viene in rilievo un interesse legittimo pretensivo e la sentenza definitiva prefigura lo svolgimento di un successivo tratto procedimentale, l'effetto conformativo non può incidere sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dal giudicato. Per tale ragione, si ribadisce l'orientamento tradizionale secondo cui le sopravvenienze, anche dopo la notificazione della sentenza irrevocabile, incidono sulle fattispecie non esaurite, rispetto alle quali viene determinato non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica⁴⁰.

La sentenza in commento assume una portata innovativa in quanto, nell'alveo delle coordinate tracciate dall'orientamento giurisprudenziale tradizionale, prende atto anche delle istanze provenienti dall'ordinamento sovranazionale.

In specie, muovendo dalla considerazione in virtù della quale le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate⁴¹, è stato ritenuto che le stesse sono equiparabili ad una sopravvenienza normativa che, incidendo su un procedimento ancora in corso e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato, ha determinato una successione cronologica di regole che disciplinano il medesimo rapporto, secondo la predetta impostazione ermeneutica, con le conseguenti ripercussioni in ordine al potere di integrazione del giudicato in sede di ottemperanza.

³⁹ Cfr. *ibidem*.

⁴⁰ Cfr. nota n. 28.

⁴¹ Ne consegue che le decisioni della Corte di Giustizia rese in sede di rinvio pregiudiziale spiegano i propri effetti non solo con riguardo al caso specifico, ma anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto, cfr. C.G.U.E., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari F.Ili sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in *Causa 69/85, Wunsche Handelgesellschaft GmbH & co. c. Repubblica Federale della Germania*, in Racc. 1986, p. 947.

Inoltre, l'obbligo del giudice dell'ottemperanza di integrare o modificare le statuizioni del giudicato in contrasto con il diritto euro-unitario deriva non solo dai principi che regolano nell'ordinamento nazionale i rapporti fra giudicato e sopravvenienze, ma anche dai principi che regolano i rapporti fra ordinamento interno e sovranazionale, *in primis* il principio di cooperazione derivante dall'art. 4, par. 3, TUE⁴².

La pronuncia in esame si colloca nell'ambito di un previgente quadro ermeneutico teso ad una sempre maggiore valorizzazione del principio in parola. In tale ottica, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto in capo agli organi amministrativi nazionali il potere di riesaminare un provvedimento, divenuto definitivo in forza di una sentenza passata in giudicato, in caso di contrasto con il diritto dell'Unione Europea a seguito di pronuncia pregiudiziale, in tutte le ipotesi in cui il diritto nazionale ammetta il riesercizio del potere⁴³.

Per quel che concerne invece l'intangibilità dello stesso giudicato divenuto contrastante con il diritto euro-unitario per effetto di una pronuncia pregiudiziale, è stato ritenuto che la sentenza definitiva non possa produrre effetti esterni, ma unicamente effetti interni rispetto allo specifico rapporto regolato, salvo per le materie di competenza esclusiva dell'Unione Europea, per le quali viene disapplicato il disposto di cui all'art. 2909 c.c.⁴⁴

⁴² G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2011, pp. 309 e ss.

⁴³ L'organo amministrativo è tenuto a riesaminare una decisione definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente accolta dalla Corte di Giustizia a condizione che l'organo disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare sulla decisione, che quest'ultima deve essere divenuta definitiva a seguito di sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza e che tale sentenza risulti fondata su una interpretazione errata del diritto dell'Unione adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale, cfr. C.G.U.E., 31 gennaio 2004, C-453/00, *Khune und Hietz*. Tali principi sono stati successivamente richiamati cfr. C.G.U.E., 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*.

⁴⁴ Tale impostazione ha segnato il superamento dei pregressi dubbi interpretativi in ordine ai limiti della "tenuta" del giudicato nazionale contrastante con il diritto dell'Unione Europea. In specie, nel caso *Lucchini* la Corte di Giustizia aveva disposto che, in presenza di un contrasto fra giudicato nazionale e normativa europea concernente gli aiuti di stato, dovesse essere disapplicato l'art. 2909 c.c. nei limiti in cui l'autorità di cosa giudicata impedisse il recupero di un aiuto di stato erogato in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, essendo tale materia di competenza esclusiva della Commissione, cfr. C.G.U.E., 12 febbraio 2008, C-206. Successivamente, nel caso *Olimpiclub* la Corte sottolinea che il caso *Lucchini* concerneva una particolare questione di ripartizione delle competenze fra gli Stati membri e la comunità in tema di aiuti di Stato, ma al di fuori di tale ipotesi deve ritenersi che il giudicato nazionale in contrasto

L'adunanza Plenaria, ponendo l'accento sulla necessità di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con la disciplina europea, ancorché in ordine al singolo rapporto, rinviene in capo al giudice nazionale l'obbligo di evitare che possa divenire definitiva una pronuncia giurisdizionale non conforme al diritto euro-unitario, in considerazione *dell'esigenza che tutti gli organi dello Stato*, «in primis quelli giurisdizionali, si adoperino nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare la violazione di norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione⁴⁵».

Viene a tal riguardo richiamata la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁶ in cui è stato ribadito come l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione Europea integri una violazione di un limite esterno di giurisdizione, dando vita in casi estremi ad una decisione che può essere oggetto di ricorso per Cassazione, soluzione che risulta «indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con l'ordinamento comunitario⁴⁷».

Ne deriva che l'obbligo del giudice amministrativo di evitare violazioni del diritto euro-unitario non può che rilevare anche in sede di ottemperanza ove, nell'ambito dell'attività giurisdizionale in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva, viene riconosciuto il potere del giudice non solo di integrare le statuizioni del giudicato, ma anche di specificarne la portata al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale⁴⁸.

Viene, peraltro, sottolineato come «il giudizio di ottemperanza può rappresentare in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie che darebbero vita a quei "casi estremi" in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni Unite, la sentenza diventa "abnorme" e supera i

con il diritto dell'Unione Europea produca effetti interni in ordine allo specifico rapporto regolato, ma non può produrre effetti esterni, cfr. C.G.U.E., 3 settembre 2009, n.C-2/2008.

⁴⁵ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

⁴⁶ Cass., S.U., Ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891 che richiama Cass., S.U., 6 febbraio 2015, n. 2403.

⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

⁴⁸ Cfr. Cons. St., A.P., 9 giugno 2016, n. 11.

limiti esterni del potere giurisdizionale⁴⁹ » e che esporrebbero lo Stato a responsabilità nei confronti dell'Unione Europea⁵⁰.

6. Brevi conclusioni.

Alla luce delle considerazioni svolte è possibile evincere come l'elaborazione giurisprudenziale abbia condotto ad una evoluzione rispetto alle teorie pregresse secondo cui l'amministrazione sarebbe stata tenuta all'esecuzione del giudicato indipendentemente dalla sopravvenienza di disposizioni legislative successive alla notifica della sentenza da eseguire⁵¹ e secondo cui il potere del giudice dell'ottemperanza di integrare il *decisum* originario sarebbe stato limitato alle conseguenze *automatiche* del giudicato⁵².

Al contrario, l'attuale impostazione ermeneutica è tutta improntata ad un approccio non di tipo formale, bensì sostanziale, evidenziando come la notificazione della sentenza definitiva non è in grado di escludere l'incidenza delle sopravvenienze rispetto a fattispecie non esaurite che presuppongano tratti dell'azione amministrativa non coperti dall'effetto conformativo del giudicato; e, in analoghi termini, vengono delineati in modo sempre più ampio i poteri del giudice dell'ottemperanza di integrare o modificare le statuizioni del *decisum* originario nei casi in cui il nuovo assetto normativo o fattuale incida sulla concreta attuabilità della sentenza definitiva.

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁵⁰ L'Adunanza Plenaria ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione proposto ex artt. 106, comma 1, c.p.a. e 395, n. 5 c.p.c. avverso la sentenza n. 11/2016 per assertedo contrasto della stessa con precedenti pronunce passate in giudicato. In specie, è stato evidenziato che, ai fini dell'impugnazione per revocazione della sentenza contraria ad altra precedente avente autorità di cosa giudicata, si richiede non solo l'incompatibilità di statuizioni di merito emesse fra le stesse parti e con identici elementi identificativi della domanda confluiti nel *decisum*, ma anche la sussistenza del requisito della estraneità del precedente giudicato al *thema decidendum* su cui abbia deciso la sentenza revocanda, per cui non è possibile configurare un conflitto fra giudicati formati all'interno di un medesimo processo funzionalmente unitario. Siffatta considerazione assume rilievo rispetto al giudizio di ottemperanza che è volto all'esercizio della sostanziale medesima azione esecutiva finalizzata all'attuazione della stessa sentenza cognitoria, con la conseguenza che nel processo di progressiva formazione del giudicato non si possono configurare più giudicati autonomi ed esterni, potenzialmente in conflitto, ma è ravvisabile un medesimo giudicato unitario che viene completato progressivamente dalle successive pronunce, per tale ragione non si configurano i presupposti per attivare il rimedio della revocazione di cui all'art. 395, n. 5 c.p.c., cfr. Cons. St., Ad.Plen., 6 aprile 2017, n. 1.

⁵¹ Cons. St., A.P., 21 febbraio 1994, n. 4.

⁵² Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 28 maggio 1991, n. 206.

Tale evoluzione pretoria, culminando nella limitazione dell'esecuzione del giudicato rispetto al *novum* che discende dalle sentenze interpretative pregiudiziali della Corte di Giustizia, equiparabili a sopravvenienze normative, è risultata coerente anche con la preminente esigenza di conformità del giudicato nazionale al diritto euro-unitario.

Il riconoscimento del potere dell'autorità giudiziaria in sede di ottemperanza di integrare la portata precettiva del giudicato alla luce delle pronunce pregiudiziali è espressione dell'obbligo di collaborazione di tutti gli organi dello Stato al fine di assicurare una corretta applicazione del diritto sovranazionale.

In tale prospettiva la piena efficacia e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione Europea viene sottoposta ad un controllo sempre più accentrato grazie alla valorizzazione dell'obbligo di cooperazione, soprattutto fra giudice nazionale e Corte di giustizia, nel rispetto dei tradizionali parametri di certezza dei rapporti giuridici, di effettività della tutela, nonché di non discriminazione dei diritti di origine unionale⁵³.

⁵³ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 355.