

L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva.

Sara Valaguzza

Sommario: 1. La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1/2017: il giudizio di revocazione per contrasto con precedenti giudicati amministrativi come epilogo di una vicenda assai complessa. — 2. La dimensione oggettiva del giudicato amministrativo a fronte di un giudizio di cognizione sul silenzio inadempimento. — 3. La (im)possibilità della sentenza di ottemperanza di integrare il giudicato. — 4. Il giudicato a formazione progressiva. — 5. Conclusioni: anti-fragilità e resistenza del giudicato amministrativo.

1. Sarebbe difficile raccontare ad un collega straniero o ad un operatore economico che non svolga la propria attività nel mercato italiano dei contratti pubblici la vicenda processuale da cui scaturisce la decisione dell'Adunanza plenaria, 6 aprile 2017, n. 1 qui in commento: se si è ben contato, più di dieci anni di contenzioso e undici giudizi, avviati da un'azione contro il silenzio dell'amministrazione a fronte di una istanza di un'impresa che, in sede giudiziaria, aveva rivendicato il diritto ad aggiudicarsi un certo contratto pubblico dopo aver partecipato (non ad una gara europea per l'affidamento di un appalto pubblico o di una concessione, ma) ad una ricerca di mercato, indetta nel 2003 (1), terminata la quale erano venuti meno, in un primo momento solo in parte, e poi definitivamente, i finanziamenti originariamente previsti per la realizzazione dell'opera, che consisteva nella nuova sede degli uffici giudiziari di Bari. L'iniziale modifica delle condizioni economiche poste alla base dell'avviso, conseguente ad una riduzione del contributo pubblico disponibile, invece che determinare una nuova procedura e riaprire la competizione tra i soggetti potenzialmente interessati (2), aveva indotto l'amministrazione comunale, d'intesa con il Ministero della Giustizia titolare dei finanziamenti, a richiedere al soggetto selezionato se fosse possibile adeguare la propria offerta. Senonché, nelle more della formulazione della seconda proposta da parte dell'impresa, i finanziamenti cessarono del tutto. A quel punto, l'amministrazione comunale non si pronunciava nemmeno sulla nuova offerta ricevuta, esponendosi così ad una contestazione volta a superarne l'inerzia.

Al collega e all'imprenditore straniero, dovremmo premettere che si è trattato di un contenzioso particolarmente complesso, articolato in vari stati e gradi di giudizio, di cognizione e di ottemperanza, nel quale sono state pronunciate diverse sentenze e ordinanze, di organi giurisdizionali nazionali ed europei. A partire dal giudizio contro il silenzio, sono state contestate e dichiarate nulle alcune determinazioni dei (tre) diversi commissari *ad acta*, nominati per portare ad esecuzione il giudicato amministrativo che aveva accertato l'inadempimento dell'ente pubblico; sono stati poi impugnati provvedimenti comunali diretti a sanare l'inerzia; è stata avviata una procedura di infrazione contro l'Italia, su esposto del Sindaco di Bari, per verificare se, nei fatti, si fosse proceduto (o si stesse per procedere) ad aggiudicare un appalto pubblico senza applicare per intero la disciplina europea in materia; è stata formulata, dal giudice amministrativo, una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per garantire, nella vicenda di causa, la corretta interpretazione del diritto europeo; è stato richiesto, rispettivamente, in due circostanze, sia l'intervento chiarificatore dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sia quello delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (3).

Con l'intenzione di estrarre dall'intricato materiale giurisprudenziale a cui si è accennato i nodi concettuali corrispondenti alle questioni giuridiche più rilevanti tra quelle discusse, affrontate e risolte, potremmo riferire che esse hanno riguardato il rapporto tra processo amministrativo e discrezionalità amministrativa (4); la dimensione oggettiva del giudicato amministrativo che condanni l'amministrazione a provvedere, a fronte di un silenzio inadempimento (5); gli obblighi che discendono da una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia che impatti con un precedente giudicato nazionale (6) e la teoria del giudicato a formazione progressiva (7).

Dopo questo non semplice preludio, ci affretteremo a far notare ai nostri interlocutori che la complessità anticipata è, quindi, il risultato anche del fatto che, nel caso di specie, la materia del contendere ha evidentemente toccato alcuni degli istituti più controversi della scienza del processo amministrativo.

A questo punto della nostra esposizione, potrebbe sorgere, almeno nell'accademico straniero, se non nell'operatore del settore, la curiosità di addentrarsi in quelli che sono stati presentati come aspetti essenziali per comprendere il processo amministrativo, capaci di caratterizzarlo in termini strutturali e funzionali. È probabile, però, che, prima di ciò, saremmo interrogati per conoscere i dettagli di quella vicenda talmente controversa dall'aver generato l'articolato contenzioso.

Ebbene, si diceva che, per reagire all'inerzia del soggetto pubblico, l'impresa Pizzarotti aveva avviato un giudizio avverso il silenzio serbato dal Comune di Bari, con ricorso notificato il 29 dicembre 2006. L'azione veniva respinta in primo grado dal Tar Puglia con sentenza n. 363 dell'8 febbraio 2007, ma accolta in appello dalla sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza n. 4267 del 1 agosto 2007. In particolare, la decisione del Consiglio di Stato, di riforma della sentenza di primo grado, aveva ordinato all'amministrazione comunale di provvedere e “verifica(re) la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico”, con una valutazione che desse al procedimento avviato una conclusione “plausibilmente congrua”. Per inciso, che cosa significasse quest'ultima richiesta — cioè che l'amministrazione doveva concludere il procedimento con una valutazione “plausibilmente congrua” — risultò subito equivoco nella fase di ottemperanza, tanto da consentire all'impresa di sostenere, riprendendo il concetto di ‘conclusione congrua’ del procedimento suo tempo avviato dal Comune, di avere il diritto di realizzare l'opera.

La sentenza di appello, epilogo del giudizio di cognizione avverso il silenzio inadempimento, veniva impugnata dal Comune sia con ricorso per revocazione davanti al Consiglio di Stato, dichiarato poi inammissibile (8), sia davanti alle sezioni unite della Corte di Cassazione, per motivi inerenti alla giurisdizione, ma, in entrambi i casi, senza successo (9). Il giudice della giurisdizione si era limitato, infatti, ad osservare che la decisione del Consiglio di Stato non aveva interessato il merito dell'azione amministrativa, che restava perciò intatto e appartenente alle successive valutazioni dell'ente pubblico.

In parallelo, l'impresa agiva per l'ottemperanza al giudicato (della sentenza del Consiglio di Stato n. 4267 del 1 agosto 2007) a sé favorevole, dando vita ad una serie di pronunce, con annessi atti di commissari *ad acta*, contestati, via via, dal Comune di Bari, allo scopo di preservare le determinazioni dell'amministrazione, che aveva nel frattempo preso atto, con propria deliberazione, della impossibilità di realizzare l'opera e dare seguito alla proposta dell'impresa Pizzarotti, stante il mutato quadro economico (10).

Un passaggio nodale delle sentenze succedutesi nel tempo, è rappresentato dalla decisione del Consiglio di Stato n. 3817 del 31 luglio 2008, coeva al primo ricorso per revocazione radicato dall'amministrazione, con la quale la Sezione V aveva ritenuto elusiva del giudicato la deliberazione della giunta comunale che aveva preso atto dell'impossibilità di dar seguito alla proposta dell'impresa Pizzarotti, dato il mutato quadro economico, procedendo quindi alla nomina del *commissario ad acta* per l'ottemperanza all'ordine contenuto nella sentenza n. 426/2007, resa sull'appello alla prima decisione del Tar Puglia (sezione V del Consiglio di Stato), che, come si è detto, richiedeva di concludere il procedimento con una valutazione “plausibilmente congrua”.

La fase di ottemperanza proseguiva con diversi giudizi, dal 2008 al 2013, dando luogo all'adozione di numerosi atti commissariali, regolarmente impugnati, a seconda della convenienza, o dall'impresa o dall'amministrazione.

Il primo commissario nominato aveva ritenuto, al termine della propria istruttoria, che la proposta Pizzarotti fosse in linea con il mutato quadro economico, reputando concluso il procedimento relativo alla ricerca di mercato. Avverso tale determinazione del commissario, entrambi i contendenti proponevano distinti ricorsi (poi riuniti per la decisione) per incidente di esecuzione: l'impresa ricorreva contro le determinazioni del commissario, ritenendole incomplete, in ragione di un ipotizzato suo diritto a vedersi assegnare il contratto e, di conseguenza, la realizzazione dell'opera oggetto della ricerca di mercato; l'amministrazione, invece, contestava l'operato del commissario ritenendo che questi non avrebbe avuto alcun titolo a provvedere in luogo del Comune di Bari, giacché l'Ente locale aveva già dato esecuzione all'ordine giudiziale con deliberazione della Giunta comunale del 24 novembre 2008.

La sezione V del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2153 del 15 aprile 2010, aderiva alla tesi prospettata dall'impresa, rilevando l'inadeguatezza dell'attività commissariale di esecuzione rispetto all'ordine del giudice di giungere ad una “conclusione plausibilmente congrua” del procedimento, interpretando quest'ultima espressione come suggeritrice di una

valutazione positiva della proposta dell'impresa e, perciò, presupposto di ulteriori adempimenti. Precisamente, la Sezione stabiliva che “dovrà procedersi all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione [dell'opera], verificando quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo e il quadro amministrativo comunale”. Attività, questa, che veniva affidata ad un secondo commissario *ad acta*, il cui esame, però, si rivelava, diversamente da quello precedentemente svolto, sfavorevole per l'impresa, in quanto il commissario aveva ritenuto che la seconda proposta di Pizzarotti fosse inadeguata, in termini di fattibilità sia giuridica sia economica. Naturalmente, l'impresa, per evitare che la vicenda si concludesse nei termini da ultimo rappresentati, contrari ai propri interessi, agiva immediatamente per ottenere la dichiarazione di nullità degli atti commissariali, ritenendoli in contrasto con il giudicato che si stava tentando di portare ad esecuzione (quello cioè della sentenza Cons. Stato n. 4267/2007). Ancora una volta, la sezione V del Consiglio di Stato decideva il ricorso in senso favorevole all'istante, accogliendo la domanda di nullità e procedendo a nominare un terzo commissario *ad acta*, il quale avviava una sequenza di attività preliminari alla stipula del contratto, sperando anche la procedura di valutazione di impatto ambientale dell'opera e dando corso ad una variante urbanistica (contestata dall'impresa).

Nel frattempo, però, la controversia veniva fatta oggetto di attenzione anche da parte dell'organo europeo dotato del potere di vigilare sulla corretta applicazione del diritto sovranazionale negli Stati membri: in particolare, la Commissione, su esposto del Sindaco di Bari, aveva iniziato una procedura di infrazione contro l'Italia, per verificare se, nel caso oggetto del nostro esame, la direzione assunta dall'attività del commissario *ad acta*, finalizzata a portare ad esecuzione il giudicato amministrativo stipulando un contratto con l'operatore economico, aggiudicatario di una ricerca di mercato, ma a condizioni economiche e di contesto differenti da quelle di aggiudicazione, fosse o meno conforme con le regole europee in materia di contratti pubblici. Da qui, per evitare di pronunciare una sentenza contrastante con l'interpretazione del diritto europeo, nelle more della procedura di infrazione, la sezione V del Consiglio di Stato, nuovamente adita in sede di ottemperanza, con ordinanza n. 1962 del 10 aprile 2013, rimetteva alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali, domandando, in particolare, “se possa il giudice nazionale [...] ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto [...] in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario”.

La risposta della Corte di giustizia (11) confermava la riconducibilità di un accordo dotato delle caratteristiche dedotte dalla proposta Pizzarotti nell'alveo della direttive europee in materia di appalti pubblici, precisando, di conseguenza, che “se le norme procedurali interne applicabili lo consentono [...] l'organo giurisdizionale che abbia statuito in ultima istanza senza adire preliminarmente la Corte di giustizia deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto ad una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tenere conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima”.

A seguito della interpretazione resa dalla Corte di giustizia, la sezione V del Consiglio di Stato, al fine di appurare le conseguenze della pronuncia interpretativa resa sulla fattispecie di causa e nell'incertezza sulla dimensione oggettiva del giudicato, stante la teorizzazione del giudicato a formazione progressiva, con ordinanza n. 3587 del 17 luglio 2015, rimetteva all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, commi 1 e 3, c.p.a., la questione inerente al se “il concetto di *ius superveniens*, idoneo a circoscrivere l'effetto del giudicato, possa in primo luogo essere applicabile anche all'ipotesi di una giurisprudenza comunitaria sopravvenuta come quella in oggetto che impedisce giuridicamente l'attribuzione alla ricorrente Pizzarotti del contratto per la realizzazione dell'opera in contestazione; in secondo luogo, se la normativa nazionale sopravvenuta [...] possa incidere sul giudicato a formazione progressiva eventualmente formatosi, determinandone l'inidoneità a produrre gli effetti programmati e stabiliti; [...] se, dopo la riforma del processo amministrativo attuata con l'adozione del relativo codice e l'introduzione di azioni processuali prima non riconosciute dal sistema processuale amministrativo, abbia ancora senso fare riferimento all'istituto in esame [al giudicato a formazione progressiva] [...]; oppure se debba farsi riferimento ad un concetto di giudicato omologo a quello civilistico ed incentrato sul *dictum* contenuto nella sola sentenza di merito [che, nella specie, non conteneva alcun obbligo di affidamento in capo all'impresa Pizzarotti] [...]”.

Dai quesiti della sezione V del Consiglio di Stato appena ricapitolati, è scaturita la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 9 giugno 2016 (12), oggetto del giudizio di revocazione deciso con la sentenza che qui si commenta, che ha concluso il proprio esame ritenendo che non vi fosse alcun giudicato nazionale da superare per contrasto con il diritto europeo, in quanto il giudizio di cognizione avverso il silenzio inadempimento, poi portato ad esecuzione, aveva riconosciuto (e, del resto, non avrebbe potuto essere diversamente) in favore della ricorrente un interesse legittimo pretensivo, consistente esclusivamente nella pretesa ad ottenere un esame della propria posizione da parte

dell'amministrazione, ma non il diritto alla stipula di un contratto pubblico (13).

Ecco perché l'impresa, che per effetto dell'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria ha visto sgretolarsi la possibilità di ottenere il bene della vita cui aspirava, ossia la possibilità di sottoscrivere un contratto che le permettesse di realizzare la cittadella della giustizia del Comune di Bari, è ricorsa, in *extrema ratio*, allo strumento della revocazione, facendo valere un supposto contrasto tra la sentenza revocanda e i precedenti giudicati, disattesi — in tesi — dall'Adunanza plenaria, giudicati che avrebbero progressivamente arricchito di contenuti ordinatori la prima sentenza ad essa favorevole (cioè la pronuncia del Consiglio di Stato n. 4267/2007), fino a riconoscere il diritto alla stipula dell'accordo con l'amministrazione per quell'oggetto, sia pure *medio tempore* mutato, posto a base della ricerca di mercato.

Il giudizio di revocazione, deciso con la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1 del 6 aprile 2017, è stato promosso ai sensi dell'art. 106 c.p.a., norma che ammette l'applicabilità del rimedio disciplinato dagli artt. 395 e 396 c.p.c. per le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, di fronte allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata.

La pronuncia di cui si domanda la revocazione è la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 9 giugno 2016 e, di conseguenza, il giudizio di revocazione si è svolto di fronte all'Adunanza plenaria stessa. L'azione di revocazione è stata promossa ai sensi dell'art. 395, punto 5), c.p.c., sull'ipotizzato contrasto tra la sentenza revocanda ed altra/e decisione/i precedente/i avente/i tra le parti autorità di cosa giudicata. In tali casi, il codice di procedura civile precisa che la revocazione è possibile purché il giudice che ha pronunciato la sentenza oggetto di revocazione, non si sia pronunciato sulla relativa eccezione (di contrasto con un precedente giudicato, pendente tra le medesime parti, appunto).

Il consesso dei giudici dell'Adunanza plenaria, nel giudicare sull'azione di revocazione, esaminate le doglianze espresse, ha concluso per la inammissibilità del ricorso per revocazione, ritenendo che occorra distinguere i casi in cui un precedente giudicato resti del tutto estraneo al *thema decidendum* — ammettendosi in tali situazioni l'ipotesi di un eventuale contrasto di giudicati di cui l'organo giurisdizionale che ha pronunciato la sentenza revocanda non si sia avveduto — da quelli in cui un precedente giudicato o più precedenti giudicati (come nella vicenda processuale che ci interessa) siano stati conosciuti ed esaminati dal giudice *a quo*, che abbia di essi fornito una propria interpretazione, a fronte della necessità di darvi esecuzione o di un giudizio di cognizione in cui debba essere ricostruito il significato degli obblighi derivanti da un precedente giudicato. In tale ultima ipotesi, analoga a quella in rilievo nel caso di specie, il giudicato o i giudicati pregressi rappresentano degli elementi appartenenti all'istruttoria per la ricostruzione del fatto e del diritto facenti parte di un «unico giudizio», in senso sostanziale, confluito nella decisione di cui si chiede la revocazione e, dunque, non potrebbe darsi luogo ad alcun contrasto di giudicati, a pena di introdurre, tramite l'istituto della revocazione, un ulteriore ordinario mezzo di impugnazione a critica illimitata (14). “Unico giudizio” non già perché si tratti di un solo processo, in termini formali, ma perché più processi risultano concatenati, in senso sostanziale, a fronte del medesimo episodio di azione amministrativa contestato (nel nostro caso, il silenzio serbato dall'amministrazione), per reagire al quale si susseguano parentesi processuali differenti tra loro, ma frammiste ed intrecciate (15).

Il collega straniero che avesse pazientemente seguito la nostra esposizione potrebbe ironizzare sulla peculiarità della vicenda riassunta, sulla caparbia nostra litigiosità, sul ruolo degli avvocati, sulla farraginosità dei processi, sull'utilità reale di anni di battaglie legali, sul motivo dell'affollamento dei nostri ruoli giudiziari. Per difesa del sistema che, come studiosi, contribuiamo a perfezionare, dovremmo provare a spiegargli quanto sia importante il principio di effettività della tutela giurisdizionale, come sia complessa la nozione di giudicato, quanto sia acuta la teorizzazione del giudicato a formazione progressiva, come sia importante il differenziare tra interesse finale e strumentale, quanto sia necessario proteggere la discrezionalità amministrativa e quanto la dottrina abbia riflettuto sull'alternativa concettuale di considerare il processo amministrativo come giudizio sull'atto o come giudizio sul rapporto.

Nel frattempo, l'operatore economico che non svolge la propria attività nel mercato italiano dei contratti pubblici, al quale alcune delle precisazioni processuali riassunte saranno apparse incomprensibili, avrà tirato un sospiro di sollievo, compiacendosi per non aver incluso l'Italia nei propri progetti di investimento. Del resto, se ci domandassimo quante gare europee sopra soglia vedono la partecipazione di imprese estere o quante siano state aggiudicate ad imprese domestiche, i dati dimostrerebbero che si tratta di casi del tutto isolati e che il mercato dei contratti pubblici anche sopra la soglia di rilevanza comunitaria, in Italia, è abbondantemente dominato da imprese italiane.

Se invece discorressimo dell'accaduto con un collega italiano, lo stupore lascerebbe spazio alla constatazione della

propensione alla litigiosità ed alla facilità di azione in giudizio (anche amministrativo), che caratterizza, nel suo complesso, l'esperienza del sistema giuridico italiano e, in maniera certamente peculiare, l'ambito dei contratti pubblici, almeno per certe importanti commesse e nonostante qualcuno si lamenti dell'incremento del costo del contributo unificato, proprio nella materia dei contratti pubblici, ritenendolo un deterrente eccessivo all'azione in giudizio. Del resto, si sa che il numero delle decisioni che ogni anno vengono deferite agli organi giurisdizionali raggiunge livelli impressionanti, più ancora se si pone mente al settore delle procedure di evidenza pubblica (16).

Ove consultassimo, infine, un operatore economico che concorre per aggiudicarsi contratti pubblici in Italia egli ci farebbe probabilmente osservare che la litigiosità non sempre è fine a se stessa e che la capacità di affrontare complesse battaglie legali può diventare, alla fine dei conti, un vantaggio competitivo.

2. Ci dedicheremo ora agli argomenti, appartenenti al diritto processuale amministrativo, che la sentenza in commento affronta.

Il primo aspetto che ci interessa approfondire, in quanto foriero di notevoli criticità, concerne la dimensione oggettiva (17) del giudicato amministrativo; ci interrogheremo, in particolare, sul se tale dimensione, colta con particolare riferimento al giudizio avverso il silenzio inadempiuto, possa, o finanche debba, includere le decisioni del giudice dell'ottemperanza e gli atti del commissario *ad acta*.

La dimensione oggettiva del giudicato amministrativo è cruciale sia nella sentenza sul ricorso per revocazione dell'Adunanza plenaria sia nella ricostruzione effettuata nella pronuncia, sempre della Adunanza plenaria, di cui si è chiesta la revocazione (18). Quest'ultima, a nostro avviso correttamente, ha ritenuto che sussista una sorta di pregiudiziale logica tra l'individuazione della dimensione oggettiva del giudicato e la verifica della compatibilità del giudicato nazionale con una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, il cui effetto possa comportare una rivisitazione della sentenza resa dal giudice di uno Stato membro. Nel caso di specie, risolta la prima questione (ossia, delimitato correttamente lo spazio « coperto » dal giudicato), si poteva concludere che l'ipotizzato contrasto con il diritto sovranazionale non si era, in concreto, verificato, poiché la dimensione oggettiva del giudicato, per come ricostruita, non includeva il diritto alla stipula di un contratto in violazione delle regole europee sugli appalti pubblici (19).

Ebbene, come si anticipava, anche la sentenza in commento ha dovuto ricostruire, sia pure per uno scopo differente, la dimensione oggettiva del giudicato, al fine di intendere se vi fossero più giudicati l'uno incompatibile con l'altro. Nel fare ciò, l'Adunanza plenaria n. 1/2017 ha chiarito anzitutto che, per delimitare correttamente la dimensione oggettiva del giudicato, è necessario considerare il dispositivo sostanziale (20), ossia la parte motivazionale della pronuncia, avendo cura di estrapolare i diversi effetti, di accertamento, di condanna o costitutivi/determinativi, delle pronunce di cui si debba circoscrivere il giudicato.

Ciò in quanto “perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che le decisioni a confronto risultino fra loro incompatibili in quanto dirette a tutelare beni ed interessi di identico contenuto, nei confronti delle stesse parti, con riferimento ad identici elementi di identificazione della domanda (*petitum* e *causa petendi*) confluiti nel *decisum*” (21).

Ha precisato, inoltre, l'Adunanza plenaria, che il contrasto tra due pronunce che accertino in modo antitetico tra loro una stessa situazione giuridica “può manifestarsi solamente con riferimento a sentenze aventi contenuto decisorio di merito, suscettibili di acquisire autorità di cosa giudicata, per cui non è configurabile in relazione a sentenze (o ad altri provvedimenti giudiziari a queste assimilabili) a mero contenuto processuale” (22) e che “perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che le decisioni a confronto risultino fra loro incompatibili in quanto dirette a tutelare beni ed interessi di identico contenuto, nei confronti delle stesse parti, con riferimento ad identici elementi di identificazione della domanda (*petitum* e *causa petendi*) confluiti nel *decisum*”. Con il che, a rigore, non sarebbe ipotizzabile un contrasto di giudicati tra una decisione di ottemperanza ed un precedente giudicato di cognizione, semplicemente perché (sempreché non si ritenga di aderire alla teoria del c.d. giudicato a formazione progressiva) la prima non produce il giudicato sostanziale, ma lo esegue, limitandosi ad interpretare la seconda per darvi attuazione.

Utilizzando i termini impiegati dalla sentenza qui in commento, in quanto particolarmente efficaci, occorre prendere atto, dunque, che “deve escludersi l'identità per oggetto tra pronuncia ottemperanda che decida la controversia all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al

giudicato; infatti, qualora le sentenze poste a raffronto costituiscano l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto tra giudicati è l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha dato dell'ambito della statuizione della sentenza da eseguire, onde la richiesta di revocazione si risolve, in realtà, nel chiedere il riesame delle conclusioni cui detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'espresso apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti amministrativi necessari per la sua corretta esecuzione" (n.d.r. sottolineature nostre).

Il ragionamento appena svolto è ancorato ad una visione del giudizio amministrativo che aderisce alle categorie processuali trasversali al sistema giurisdizionale considerato e, in particolare, ad una teoria «pura» del giudicato (23); esso verrebbe messo in discussione, tuttavia, ove si ritenesse, in linea con la teorizzazione del giudicato a formazione progressiva, sulla quale ci soffermeremo dettagliatamente nel par. 4 che segue, che anche la decisione di ottemperanza possa produrre (più precisamente, dovrebbe dirsi possa 'integrare') il giudicato sostanziale. Nel quale caso solo sarebbe concepibile, astrattamente, sia un contrasto di giudicati sia il progressivo arricchimento della situazione soggettiva del ricorrente rispetto al *decisum* di cognizione.

Ecco perché la questione di quale sia la dimensione oggettiva del giudicato dipende, in larga parte, dalla adesione o meno alla teoria del giudicato a formazione progressiva, secondo la quale, come illustreremo, anche la fase dell'esecuzione della sentenza e, specificamente, le sentenze di ottemperanza, integrano progressivamente il contenuto vincolante che costituisce la 'decisione' della lite.

Anticipato il passaggio logico che, come vedremo, risulterà nodale e tralasciando, per un momento, la possibilità che il giudicato reso in sede di cognizione sia poi integrato in sede di ottemperanza, è utile intendere preliminarmente, date le specificità del caso, come debba essere ricostruita la dimensione oggettiva del giudicato amministrativo a fronte di una sentenza di accoglimento di un ricorso contro il silenzio inadempimento. Una volta che ciò sia bene inteso, potremo riflettere (e lo faremo nel paragrafo seguente) sul possibile completamento del *decisum* nella fase del giudizio di ottemperanza al giudicato.

Ebbene, la dimensione oggettiva del giudicato (ossia il nucleo della cosa giudicata sostanziale), intesa come quello spazio coperto dal vincolo immodificabile e intangibile che rappresenta l'esito della vicenda processuale, è l'attività di accertamento che il giudice compie, estraendo dall'ordinamento le regole per la definizione del caso sottoposto al suo esame (24) e ricorrendo all'attività di sussunzione (del fatto nel diritto) tipica dell'esercizio della funzione giurisdizionale (25). In altri termini, la dimensione oggettiva del giudicato fornisce la misura della capacità della sentenza di interessare la realtà giuridica e fenomenica esterna al processo.

Per attività di accertamento non vogliamo alludere, come talvolta la dottrina fa, al potere del giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione 'accertando' il rapporto controverso alla base della lite, intendendo noi invece qui recuperare il significato più basilare del termine, come il momento centrale dell'esercizio di qualsivoglia potere giurisdizionale (e non riferendoci al giudizio dichiarativo in antitesi a quello costitutivo); dunque, consideriamo l'accertamento nella sua accezione minima, cioè come l'attività di individuazione della volontà di legge con riferimento ad un caso concreto. Se questo è il concetto di accertamento che assumiamo, allora possiamo affermare con certezza che anche il processo amministrativo (come, del resto, ogni processo) si basa sulla funzione di accertamento, senza la quale — intesa come si è appena chiarito — non vi potrebbe essere alcun esercizio di giurisdizione, pur non prevedendo una azione generalizzata di accertamento del rapporto controverso.

Ora, dovremmo chiederci quale sia il tipo di accertamento che il giudice amministrativo svolge, in sede di cognizione, nel rito speciale avverso il silenzio inadempimento e quale sia l'ambito interessato dal 'dispositivo sostanziale' di una sentenza resa ai sensi degli artt. 31 e 34, comma 1, lett. b), c.p.a., per intendere, di conseguenza, quale sia la dimensione oggettiva del giudizio avverso il silenzio inadempimento.

L'art. 31 c.p.a. disciplina l'azione avverso il silenzio inadempimento, prevedendo, al comma 3, che "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione" (26). La norma appena citata va letta in combinato disposto con le regole sull'azione di adempimento, ora chiaramente codificata all'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. (27), secondo cui "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31 comma 3, contestualmente all'azione di

annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". A completamento, l'art. 34, comma 2, c.p.a. prescrive poi che: "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Con ciò, emerge che l'azione avverso il silenzio inadempimento, per sortire un preciso ordine all'amministrazione di provvedere riconoscendo la fondatezza di una pretesa sostanziale (per esempio, nel nostro caso, il diritto del ricorrente alla stipula di un determinato contratto), deve rispettare precisi limiti sostanziali: non devono permanere margini di discrezionalità amministrativa o tecnica e non deve essere più necessario compiere alcuna attività istruttoria riservata alla pubblica amministrazione (28).

Naturalmente, si tratta di previsioni riferite ai poteri del giudice della cognizione, e non a quelli del giudice dell'ottemperanza, il quale altrimenti non potrebbe mai realizzare quella sostituzione del giudice, tramite il commissario *ad acta*, all'amministrazione, che consente di portare ad esecuzione il *decisum* anche là dove l'amministrazione si rifiuti di collaborare eseguendo la sentenza, e che implica, dunque, per forza di cose, che il commissario eserciti poteri amministrativi non ancora esercitati (diversamente non vi sarebbe alcuna inerzia o cattiva esecuzione contro la quale reagire), adottando anche atti espressione di poteri discrezionali.

Ci pare, dunque, di poter affermare che le norme del codice di procedura delimitino con sufficiente chiarezza la portata della pronuncia di cognizione nel giudizio avverso il silenzio: nemmeno in questo caso, la dimensione oggettiva del giudicato può concernere ambiti interessati da valutazioni discrezionali. Perciò, correttamente a nostro avviso, nella pronuncia qui in commento, si è ritenuto che la decisione di cognizione del giudice amministrativo (impregiudicati gli atti adottati dal commissario *ad acta*), inserita in una vicenda caratterizzata da ampi spazi di discrezionalità amministrativa non ancora esercitata, non abbia attribuito alla ricorrente il diritto a stipulare il contratto a cui l'impresa ambiva.

Tuttavia, non è dal giudicato di cognizione, esito del giudizio avverso il silenzio, che si ipotizza di derivare il diritto alla stipula del contratto con il Comune di Bari, ma dal susseguirsi di pronunce e atti frutto dell'esercizio della giurisdizione di ottemperanza. Ed eccoci giunti al punto cruciale dell'intera vicenda: appurato che il giudizio di cognizione avverso il silenzio inadempimento non aveva attribuito (né avrebbe potuto attribuire) al ricorrente alcun diritto alla stipula del contratto, limitandosi ad ordinare all'amministrazione di provvedere in merito, l'interrogativo da porsi ora riguarda la correttezza della prospettazione teorica secondo la quale il giudizio di ottemperanza, sulla falsariga della teorizzazione del giudicato a formazione progressiva, possa attribuire alla parte "qualcosa" (29) di più e di diverso da quello che è stato deciso con la sentenza di cognizione a cui la decisione di ottemperanza dà attuazione e la possibilità che questo "qualcosa" possa godere delle qualità (in termini di immodificabilità e irretrattabilità) del giudicato sostanziale. Affinché la nostra analisi sia completa, dovremo anche domandarci se questo "qualcosa di più e di diverso" possa entrare a far parte del giudicato (sostanziale) amministrativo, ottenuto non già come esito del giudizio di cognizione, ma come sviluppo dinamico di un unico giudizio, concepito unitariamente e in senso dinamico, dalla fase di cognizione a quella di esecuzione della sentenza.

3. In questo paragrafo, ci chiederemo, dunque, sul se il giudizio di ottemperanza, tramite l'attività del giudice o del commissario *ad acta*, possa attribuire al ricorrente quel "qualcosa di più e di diverso" che la decisione di cognizione non gli ha già attribuito e se questo qualcosa possa essere considerato intangibile ed immodificabile al pari degli elementi della sentenza che costituiscono il giudicato (sostanziale) amministrativo.

Tale questione è stata affrontata, nel caso oggetto del nostro esame, in ragione della circostanza per cui, nel rinviare all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione inerente alla efficacia dello *ius superveniens* (rappresentato dalla decisione della Corte di giustizia, 10 luglio 2014, causa C-213/13) sul giudicato amministrativo *medio tempore* formatosi, la sezione V del Consiglio di Stato (30) non ha escluso l'ipotesi che, attraverso le decisioni di ottemperanza e l'attività del commissario *ad acta*, si sia in effetti consolidato, in capo all'originario ricorrente, il diritto ad ottenere il contratto per la realizzazione dell'opera in questione e che il diritto riconosciuto in sede di ottemperanza non possa essere più messo in discussione da altro giudice (nemmeno sovranazionale).

Se invece la Sezione remittente avesse escluso tale ipotesi interpretativa, non vi sarebbe stato alcun motivo per richiedere il chiarimento all'organo della nomofilachia circa un supposto contrasto tra il 'giudicato' di ottemperanza, includente gli atti del commissario *ad acta* (dai quali pareva dedursi il diritto alla stipula del contratto in favore di Pizzarotti e che avrebbero potuto portare, ad avviso della Sezione remittente, alla conclusione del contratto, per il tramite del commissario *ad acta* in luogo dell'amministrazione inottemperante) e il diritto europeo (che non permette l'affidamento di alcun contratto pubblico al di fuori delle procedure indicate nelle direttive in materia di appalti e concessioni).

Dunque, nella tesi della Sezione V, si prefigurava l'ipotesi che il susseguirsi di giudizi di ottemperanza, incidenti di esecuzione ed attività di vari commissari *ad acta*, avesse progressivamente arricchito di contenuti l'effetto conformativo della originaria pronuncia di cognizione, fino al punto di formare un diritto nuovo, consolidato ed inattaccabile, il cui contrasto con il diritto europeo avrebbe potuto comportare una tensione tra diritto sovranazionale e giudicato nazionale.

Esaminando la questione per come prospettata, a noi pare che sia necessario recuperare, dal punto di vista della teoria del processo, la distinzione tra giudicato, come esito del processo di cognizione, e attività di esecuzione della sentenza del giudice amministrativo, devoluta alla giurisdizione (di merito) di ottemperanza (31). Una volta fissata questa differenza, sarà importante evitare di confondersi tra l'attività del commissario *ad acta*, che ha il potere di adottare atti amministrativi in sostituzione del soggetto pubblico inadempiente — impugnabili davanti al giudice dell'ottemperanza o con rito ordinario (32) per il caso in cui si ritengano viziati o non rispettosi del contenuto cognitorio della sentenza di cognizione portata ad esecuzione — e il giudicato amministrativo, costituito, in esito al giudizio di cognizione, e interpretato (si badi, non integrato) e poi eseguito anche forzosamente in fase di ottemperanza.

L'attività commissariale configura un vero e proprio esercizio di amministrazione attiva e, di conseguenza, può condurre a sviluppi nuovi rispetto al contenuto del *decisum*; il che, però, non equivale a dire che integra il giudicato o ne condivide gli effetti, in termini di stabilità ed immodificabilità. Se di atti amministrativi si tratta, allora dovrebbe ritenersi applicabile il concetto di inoppugnabilità, proprio del provvedimento non più impugnabile, non quello della immutabilità, appartenente al giudicato amministrativo.

Sono le norme di procedura a portarci a concludere per la natura amministrativa degli atti commissariali: se almeno (33) i terzi possono impugnarli con il rito ordinario, ai sensi dell'art. 114, comma 6, c.p.a., ciò significa che la qualifica del commissario come ausiliario del giudice, riconosciuta dalla legge processuale, non osta a qualificare i suoi atti come provvedimenti amministrativi; infatti, là dove si possa instaurare un processo di impugnazione (come nel caso dell'art. 114, comma 6, c.p.a.) è sempre necessario che l'atto, oggetto del giudizio, sia un provvedimento amministrativo, di fronte al quale far valere interessi legittimi, e che la parte resistente sia un soggetto pubblico. Viceversa, la possibilità, riconosciuta alle parti, di contestare gli atti del commissario *ad acta* in fronte al giudice dell'ottemperanza, con reclamo, non ne muta la natura, essendo il risultato di una razionale scelta processuale rispettosa del principio di concentrazione delle azioni oltre che del principio di economia processuale (34).

Il punto è molto rilevante perché un ipotetico contrasto tra il diritto europeo e un atto amministrativo nazionale — diversamente dall'ipotesi in cui a confliggere con il diritto sovranazionale fosse il giudicato nazionale — verrebbe ad essere risolto richiamando l'impiego delle norme procedurali interne che permettono di annullare il provvedimento dell'amministrazione nell'esercizio dei poteri di autotutela, annullamento considerato, in giurisprudenza e dottrina, “doveroso” — cioè obbligatorio e sempre dovuto nell'esercizio del riesame — per il c.d. vizio di “anti-comunitarietà” (35).

Di conseguenza, ove il riconoscimento del diritto alla stipula del contratto fosse stato l'effetto di una valutazione (amministrativa) del commissario *ad acta* — come appare nella vicenda presa in esame — non si sarebbe comunque venuto a configurare, a nostro avviso, un contrasto tra diritto europeo (eventualmente interpretato da una sentenza della Corte di giustizia pronunciata in sede di rinvio pregiudiziale) e giudicato nazionale, prefigurandosi, al più, una violazione del diritto sovranazionale realizzata tramite l'adozione di un atto amministrativo, da affrontare, dunque, utilizzando le regole della invalidità dei provvedimenti nazionali per violazione del diritto europeo.

Perciò, non ci pare si possano utilizzare, per domandarsi se sia corretto o meno ammettere la prevalenza del diritto sovranazionale sulle vicende processuali nazionali che riguardano la fase di esecuzione e gli atti del commissario, di cui il giudicato è un presupposto, i medesimi ragionamenti che dottrina e giurisprudenza utilizzano per affrontare la questione dell'eventuale contrasto tra giudicato nazionale e diritto europeo.

Non intendendo semplificare eccessivamente ragionamenti che si fondano su strutture giuridiche particolarmente complesse e su esigenze concrete non certo trascurabili, dobbiamo ricordare, però, che, attualmente, specialmente come effetto di una particolare ridondanza del principio di effettività della tutela, è diffusa la tendenza, sia in giurisprudenza sia in dottrina, ad allargare la “nozione” pura (36) di giudicato amministrativo, allontanandosi dal concetto tecnico, che descrive la qualità della sentenza di cognizione non più impugnabile. In questa prospettiva, per esempio, si colloca un orientamento delle sezioni unite della Corte di Cassazione (37) secondo cui gli atti che l'amministrazione soccombente in giudizio ponga

in essere, successivamente al giudicato (di cognizione), devono essere oggetto di un unico esame, da svolgersi in sede di ottemperanza, ove essi siano pure il risultato di nuove valutazioni, ma basate su elementi già conosciuti dalla parte pubblica all'epoca dell'impugnazione del provvedimento poi annullato. La conseguenza di un tale orientamento, a nostro avviso improprio perché non coerente con le regole basilari del processo, è che il concetto di doppio grado di giudizio, a cui quello di giudicato è strettamente legato, viene a perdere buona parte della sua dogmaticità e la giurisdizione di ottemperanza è intesa non più tanto come strumento di esecuzione del giudicato, ma come luogo in cui vengono affrontate tutte le doglianze del ricorrente insoddisfatto (38) (39).

Nell'orientamento da ultimo citato, si sente l'eco della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 15 gennaio 2013 (40), secondo la quale il giudice dell'ottemperanza “deve essere considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il suo presupposto” e, per altro verso, delle tesi di Clarich (41), che, per primo e invocando, però, l'esigenza di dotare il giudicato (di cognizione) di maggiore stabilità (42), ha proposto di far convergere nel giudizio di cognizione ogni aspetto dell'azione amministrativa sottesa al provvedimento impugnato, proponendo di introdurre la regola secondo cui il giudicato coprirebbe il dedotto e il deducibile; regola, quest'ultima, che avrebbe comportato una preclusione (per un eventuale secondo processo) comprensiva delle questioni (di fatto e di diritto) già state proposte (dedotte) o che potevano essere proposte (deducibile) nel corso del primo processo. Con la conseguenza, da un lato, di vietare all'amministrazione di utilizzare argomenti non dedotti (ma deducibili) per negare, una volta giunti nella fase di esecuzione della sentenza, la soddisfazione dell'interesse legittimo vantato dal ricorrente vittorioso e, dall'altro, di concentrare, similmente a quanto ritenuto dalle sezioni unite della Cassazione nell'orientamento appena richiamato, ogni eventuale doglianza contro l'azione amministrativa successiva al giudicato in sede di ottemperanza (43).

Ci resta ora da intendere se la teoria del giudicato a formazione progressiva sia compatibile con la nozione pura di giudicato oppure sia il risultato dell'estendersi del concetto atecnico di giudicato a cui si è appena fatto cenno.

4. Il caso che ci occupa è un esempio delle conseguenze dell'applicazione della teoria del giudicato a formazione progressiva: quando una pronuncia che lascia spazio residuo all'esercizio di discrezionalità amministrativa non viene eseguita dall'amministrazione soccombente, ed è perciò coltivato un giudizio di ottemperanza, si possono susseguire atti del commissario *ad acta* per portare ad esecuzione la decisione inottemperata, incidenti di esecuzione, impugnazioni avverso gli atti commissariali; ove il ricorrente in ottemperanza riscontri, nelle pronunce di ottemperanza o nelle determinazioni assunte dal commissario in luogo dell'amministrazione, elementi a proprio favore, egli, invocando la teoria del giudicato a formazione progressiva, tenderà di far valere, agendo sempre in sede di esecuzione, una progressiva integrazione del giudicato (appunto del giudicato a formazione progressiva) fino a che quegli ulteriori elementi a proprio favore si traducano nel riconoscimento definitivo delle correlate situazioni soggettive consolidate a proprio vantaggio. Viceversa, ove egli si scontri con un'interpretazione del *decisum* intervenuta durante lo svolgersi dell'attività di ottemperanza, penalizzante per la sua posizione sostanziale, potrebbe, come è accaduto nella vicenda di specie, invocando la formazione progressiva del giudicato, attivare un giudizio di revocazione, ipotizzando un contrasto del nuovo giudicato, quello a sé sfavorevole, con un precedente frammento di giudicato, a sé favorevole, rinvenuto, all'interno della fase di ottemperanza, nel progressivo svolgersi degli atti del giudice e del commissario *ad acta*.

In un tale schema logico, la teoria del giudicato a formazione progressiva è utilizzata per far sì che il ricorrente vittorioso ottenga, in sede di ottemperanza, più di quello che avrebbe titolo ad ottenere se l'amministrazione si limitasse ad attuare il dispositivo sostanziale della sentenza di cognizione che la vede soccombente. Per intendere correttamente questa aggiunta, occorre rammentare, sia pure per sommi capi, l'argomentazione giuridica sviluppata dagli ideatori della teoria del giudicato a formazione progressiva (44). Ebbene, sul presupposto dell'incapacità del giudicato amministrativo di vincolare interamente, anticipandone il contenuto, il potere amministrativo esercitato successivamente alla conclusione del giudizio, la dottrina ha proposto di ritenere che l'esito del giudizio amministrativo non sia dotato di un livello di stabilità paragonabile a quello del giudicato civile (45), sostenendo di conseguenza che, nel processo amministrativo, il giudicato vero e proprio si formerebbe non tanto come esito del processo di cognizione, quanto nella fase esecutiva della sentenza, venendo implementato progressivamente tramite il giudizio di ottemperanza e l'azione amministrativa susseguente al processo di cognizione (prevalentemente del commissario *ad acta*, ma anche dell'amministrazione tenuta all'esecuzione), con ovvie ripercussioni sul principio di stabilità e di certezza del *decisum* di cognizione (46).

Secondo la ricostruzione di cui si sta riferendo “le attività amministrative che si verificano dopo la sentenza, lungi dall'essere del tutto anodine, quasi sempre esplicano una rilevante funzione sul contenuto della pronuncia, nel senso che lo precisano,

lo modificano e talvolta lo travolgono o impediscono che esso si traduca nella realtà” (47). Il giudicato amministrativo sarebbe perciò composto da un nucleo fisso ed invariabile, contenuto nella sentenza (di cognizione), e da uno variabile, accessorio ed eventuale, costituito dall'attività con cui l'amministrazione si conforma al *decisum*, oltre che dall'eventuale pronuncia resa in sede di ottemperanza al giudicato (48), ambito nel quale, come ha ricordato ancora di recente l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'attività del giudice non è meramente esecutiva, acquisendo, tra l'altro, “chiara natura cognitoria” (49). Più precisamente, si giungerebbe alla formazione progressiva del giudicato sostanziale attraverso l'azione di ottemperanza “ogniqualevolta il giudice con essa adito abbia risolto questioni concernenti il significato e la portata del titolo formatosi nel giudizio di cognizione, concorrendo con quest'ultimo alla formazione della regola di diritto applicabile al rapporto amministrativo controverso” (50).

A nostro avviso, la teorizzazione in questione, che pure ha contribuito con successo ad aumentare l'efficacia della risposta giurisdizionale alle reali esigenze dei casi concreti sottoposti all'esame del giudice amministrativo, presenta alcuni profili critici, che potrebbero suggerire una nuova riflessione sull'argomento, messi in luce anche dall'esame della sentenza qui in commento (51).

Per quanto ci interessa rilevare in questa sede, a noi appare che la teorizzazione del giudicato a formazione progressiva trascuri di prendere atto del fatto che, come correttamente rileva il Consiglio di Stato nella decisione che si annota, quello che si verifica in sede di ottemperanza non è tanto un'integrazione del vincolo che deriva dalla decisione portata ad esecuzione, quanto piuttosto una mera interpretazione, nuovamente giurisdizionale (dunque esterna rispetto al giudicato), del *decisum*, per la parte che non riguarda propriamente il dispositivo di annullamento (che siccome accoglie o respinge il ricorso, è, in quanto tale, inequivocabile), ma la motivazione della sentenza, al fine di dedurne gli effetti che la pronuncia comporta sulla successiva (ed eventuale) azione dell'amministrazione in fase di riedizione del potere. Ciò è inevitabile conseguenza del fatto che oggetto del giudizio di ottemperanza è l'attività amministrativa (da svolgersi o già svolta) successiva al giudicato, estranea invece al giudizio di cognizione, volto ad esaminare la sussistenza del diritto all'annullamento per come articolato nei motivi di ricorso. In questo senso, (diversamente dall'ottemperanza alle decisioni del giudice ordinario, intesa come giudizio misto, *necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione*) si riconosce al giudizio di ottemperanza al giudicato amministrativo la natura di giudizio misto, *necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione* (52), senza però disconoscere la natura di giurisdizione di esecuzione. È infatti fisiologico che, in presenza di un giudicato di annullamento o, in maniera ancora più evidente, a fronte di un giudicato che contenga solo un obbligo di provvedere, il processo amministrativo di esecuzione vada oltre all'esame della sussistenza dei motivi di ricorso, che riguardano la *passata* manifestazione di potere amministrativo, dovendosi interessare invece della coerenza tra decisione del giudice, pronunciata nel giudizio di cognizione, e azione amministrativa che a quel giudizio consegue; aspetto, questo, non trattato (e non trattabile perché non ancora venuto ad esistenza) nel giudizio che *precede* la fase di ottemperanza e produce il giudicato (53).

Se invece si ammette che il giudicato reso in sede di cognizione può essere integrato da elementi di cognizione emersi durante la vicenda esecutiva e dagli atti del commissario *ad acta*, sorge, per conseguenza, la possibilità astratta di un contrasto tra giudicati, ove una determinata interpretazione resa in sede di ottemperanza oppure contenuta in un atto commissariale contrasti con un precedente *decisum* (sia esso di cognizione o di ottemperanza, sia esso una sentenza o un atto del commissario *ad acta*). Ma se così fosse, dovremmo però anche abbandonare, contestualmente, la nozione ‘pura’ di giudicato, inteso come esito irreparabile (nel senso di non più modificabile e dotato della stabilità, appunto, della cosa giudicata) di un giudizio di cognizione, e affermare la natura giurisdizionale e non amministrativa degli atti commissariali, con la conseguenza della non estendibilità dei loro effetti ai terzi. Bisogna essere consapevoli, in altri termini, che rinunciando alla nozione pura di giudicato si perderebbe il suo significato come momento di definizione della lite e risultato di un compromesso, fatto proprio nelle norme di procedura, tra ricerca della verità del caso concreto e certezza del diritto.

Il ‘giudicato’ a formazione progressiva, infatti, non condivide le qualità della sentenza che divenga, ad un certo momento (indicato processualmente come quello del raggiungimento del giudicato formale), irretrattabile, ma esprime un concetto diverso, ossia che, in fase esecutiva, il giudice dell'ottemperanza e il suo ausiliario hanno il compito di interpretare quanto già deciso, e portarlo dunque ad esecuzione.

Invero, come si anticipava, la sentenza in commento coglie con esattezza la differenza tra giudicato, esito del processo di cognizione, e vicende esecutive, affermando quanto segue: “Secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato deve escludersi l'identità per oggetto tra pronuncia ottemperanda che decide la controversia all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato;

infatti, qualora le sentenze poste a raffronto costituiscono l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto fra giudicati è l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha dato dell'ambito della statuizione della sentenza da eseguire, onde la richiesta di revocazione si risolve, in realtà, nel chiedere il riesame delle conclusioni, cui detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'esplicito apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti amministrativi necessari per la sua corretta esecuzione" (54). Questo passaggio della decisione dell'Adunanza plenaria n. 1/2017 è cruciale, perché esplicita precisamente in che cosa consiste la natura cognitoria del giudizio di ottemperanza: i poteri di cognizione del giudice dell'ottemperanza gli consentono di interpretare il *decisum*, ma non di correggerlo o di contrastarlo, perché se così fosse, verrebbe a mancare, trattandosi di un giudizio in unico grado, il doppio grado di giurisdizione, necessario per articolare adeguatamente il contraddittorio processuale. Ecco perché il giudizio di ottemperanza non produce alcun giudicato in senso sostanziale.

Di conseguenza, il compito del giudice dell'ottemperanza è, riteniamo, la ricerca della *coerenza* tra esecuzione della cosa giudicata sostanziale — che implica nuove valutazioni dell'Amministrazione e/o del giudice e dei suoi ausiliari — e dimensione oggettiva del giudicato, consolidata e preesiste al giudizio. Dal che si deduce che non è astrattamente concepibile, viceversa, l'integrazione postuma del giudicato di cognizione, semmai ci potrà essere una interpretazione evolutiva del giudicato, che comunque non potrà godere della immodificabilità e intangibilità del giudicato inteso come esito della lite e risultato del giudizio di cognizione.

In sintesi, e per concludere, la necessità di indugiare in momenti interpretativi non muta il fatto che oggetto del giudizio di ottemperanza è un precedente giudicato (cioè quello definito all'esito del giudizio di cognizione) da eseguire (55). Perciò, riteniamo che il 'giudicato' a formazione progressiva non esista, e che la terminologia impiegata produca un'illusione ottica, che sovrappone, distorcendone i contorni, giudicato e interpretazione del *decisum*.

5. Il caso che abbiamo preso in esame mette bene in luce quanto sia peculiare il giudicato amministrativo e quanto sia ormai diffusa quella concezione che abbiamo definito atecnica.

Se ci concentrassimo, invece, sulla nozione trasversale di giudicato e sulla teoria processuale, ne individueremmo le caratteristiche essenziali nei termini che seguono: il giudicato rappresenta il diritto all'immutabilità della decisione (giudicato formale) ed è portatore di diritti che dalla sentenza derivano (giudicato sostanziale); il giudicato rappresenta il compromesso, irrinunciabile pure alla luce dei precetti costituzionali sul giudice e sull'azione, tra stabilità dell'esito del processo e ricerca della giustizia sostanziale; in quanto compromesso, il giudicato si presta, inteso nella sua nozione astratta e al di fuori delle singole norme della procedura, ad essere interpretato in maniera flessibile.

Tale flessibilità, che abbiamo in altra sede denominato più specificamente "antifragilità" (56), ha caratteristiche diverse da quelle enunciate nella teoria del giudicato a formazione progressiva, e non riguarda tanto il rapporto tra decisione del giudice e attività amministrativa successiva alla definizione delle lite, perché non è accettabile, per le ragioni esposte, una integrazione del giudicato come effetto del giudizio di esecuzione; diversamente, come si è detto, verrebbe sradicato il significato più profondo del giudicato, e cioè la capacità di ogni processo di cognizione di portare ad una decisione, di rito o di merito, ad un certo momento, non più contestabile da alcuno, dotata delle qualità proprie degli atti imperativi, in quanto espressione di potere giurisdizionale e si sradicherebbe il legame assiologico tra certezza del diritto, principio della domanda, principio del contraddittorio e doppio grado di giurisdizione.

Vi è, a nostro avviso, un altro genere di flessibilità del giudicato, che pure si intravede nei ragionamenti che hanno indotto l'Adunanza plenaria a procedere con un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di giungere ad una decisione che avrebbe potuto creare un contrasto con il diritto europeo, e al fine di verificare se il diritto sovranazionale dovesse prevalere sul giudicato interno, in ipotesi di contrasto tra i due. Tale flessibilità, per quanto si può cogliere con riferimento al caso oggetto del nostro esame, deriva dalla necessità di riconoscere il godimento delle situazioni soggettive frammentate e il primato della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto europeo.

In particolare, l'interazione con l'ordinamento sovranazionale comporta che il *quando* dell'irretrattabilità del giudicato, e il compromesso che esso rappresenta, siano talora influenzati dalla necessità di riconoscere il godimento (delle situazioni soggettive frammentate, *id est*) di quei diritti o interessi che vengono disciplinati, in tutto o in parte (non solo dal diritto sostanziale nazionale, ma anche) dal diritto sovranazionale (57), necessità che, in alcuni casi, prevale su quella della stabilità della decisione divenuta non più contestabile. In alcune situazioni, cioè, si percepisce con più chiarezza il significato di

compromesso che, in fondo, dà corpo al giudicato, e che permette che, talvolta, esigenze di effettività del godimento di diritti riconosciuti nel sistema euro-unitario siano prevalenti rispetto alla certezza del diritto. Ciò può accadere perché il valore assiologico del giudicato, che deve tenere conto anche del contesto giuridico generale e sovranazionale in cui il singolo processo è inserito, prevale sulla sua dimensione normativa e, in particolare, sulla inevitabile staticità di quest'ultima.

Per effetto delle decisioni della Corte di giustizia (58), la stabilità che accompagna il giudicato può diventare recessiva rispetto alla necessità di riconoscere l'attuazione dei precetti sovranazionali (con i quali il giudicato deve necessariamente convivere), ove ad essi non si sia voluto (per esempio, nel caso in cui il giudice nazionale non abbia ritenuto fondate alcune supposte violazioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea piuttosto che della normativa derivata) o potuto (per esempio, nel caso in cui una determinata interpretazione della Corte di giustizia sia intervenuta successivamente alla maturazione di un giudicato nazionale) dare immediato riconoscimento nel corso di un processo svoltosi di fronte agli organi nazionali di giustizia.

In questo contesto, l'aver qualificato il giudicato come il compromesso tra, rispettivamente, giustizia sostanziale e stabilità della sentenza, presuppone che entrambe tali esigenze abbiano potuto trovare sfogo nel processo. Ma se, per taluni motivi — per esempio, per via di un mancato rinvio interpretativo alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza — legati alle meccaniche dell'interazione tra ordinamento nazionale e sistema sovranazionale di protezione dei diritti, sia stata preclusa la possibilità di far valere i propri diritti, anche il compromesso in questione non si può dare per raggiunto e, dunque, appare compatibile con la nozione del giudicato che si va proponendo che l'immodificabilità del giudicato formale sia, in questi casi eccezionali, superabile, attraverso una modifica *in itinere* della cosa giudicata sostanziale.

Di fatto, quello che accade non è mai un qualcosa che sconfessa o disapplica il concetto di giudicato — che invece è considerato essenziale ad ogni sistema di giustizia, pure sovranazionale — trattandosi piuttosto di adattamenti del compromesso che il giudicato rappresenta, necessari alla luce del fatto che uno dei poli della mediazione tra giustizia e stabilità, cioè quello della giustizia sostanziale nell'intendere determinati diritti o interessi, può richiedere, ove rilevino principi o regole sovranazionali, di essere esaminato anche nella dimensione sovranazionale di giustizia.

Le esigenze di coordinamento tra sistemi nazionali e diritto eurounitario tanto più possono essere affermate senza timore di sconvolgere gli equilibri dei sistemi processuali interni quando il contrasto non si rilevi con un giudicato vero e proprio, esito di un giudizio di cognizione, ma riguardi un'interpretazione di quest'ultimo resa in sede di ottemperanza, eventualmente attraverso atti del commissario *ad acta*.

In simili situazioni, ben venga un complesso e articolato contenzioso come quello oggetto della nostra analisi, purché esso funga da caso scuola, per recuperare le nozioni pure della teoria del processo, a partire dalla distinzione tra giudicato e attività esecutive, tra stabilità della sentenza e atti e/o interpretazione del commissario *ad acta*, tra contrasto di un atto amministrativo con il diritto europeo e conflitto di giudicati, tra contrasto di giudicati ai fini della revocazione e 'preferenze' interpretative del ricorrente.

ABSTRACT: Il presente contributo trae spunto da una complessa e articolata vicenda conclusasi con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 1/2017. Il lavoro indaga: a) il giudizio di revocazione per contrasto con precedenti giudicati amministrativi ex art. 395, n. 5, c.p.c.; b) lo *jus superveniens* della Corte di giustizia europea; c) la formazione del giudicato amministrativo e i suoi limiti; d) la teoria del giudicato a formazione progressiva; e) una nuova qualità del giudicato, indicata come antifragilità.

ABSTRACT: This contribution is inspired by a complex and articulated event that ended with the Plenary Assembly decision no. 1/2017. This article investigates: a) the judgment of revocation by contrast with previous administrative *res iudicatae* ex art. 395, n. 5, c.p.c.; b) the *jus superveniens* of the European union Court of Justice; c) the formation of administrative *res iudicata* and its limits; d) the theory of *res iudicata* in progressive formation; e) a new quality of the *res iudicata*, indicated as anti-fragility.

Parole chiave: Appalti pubblici - processo amministrativo - giudicato amministrativo - *jus superveniens* - revocazione

Keywords: Public procurements - judicial review - administrative *res iudicata* - *jus superveniens* - revocation

Note:

- (1) Le date riportate nel commento sono significative per intendere la distanza temporale della sentenza qui annotata dal momento in cui si è verificata la vicenda da cui la lite è sorta.
- (2) Il che ci parrebbe ora obbligatorio, alla luce delle norme contenute nella direttiva 2014/24/UE (in particolare, del considerando (107) e degli artt. 72 e 73) trasfusa nel d. lg. 18 aprile 2016, n. 50, che impongono di indire una nuova procedura di gara, in attuazione dei basilari principi dell'evidenza pubblica, ove il contratto aggiudicato venga poi modificato per esigenze sopravvenute al suo affidamento, in attuazione del principio di *par condicio concurrentium*.
- (3) Cfr., Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30059; Id., 19 settembre 2017, n. 21621.
- (4) A questo interrogativo sarà dedicato il seguente par. 2.
- (5) A questo interrogativo sarà dedicato il seguente par. 3. L'argomento è affrontato dalle Sezioni unite 30059/2008.
- (6) Questo interrogativo sarà discusso nel seguente par. 4.
- (7) Questo interrogativo sarà discusso nel seguente par. 4.
- (8) Cfr., Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2008, n. 3816.
- (9) Sezioni unite 30059/2008.
- (10) Gli atti adottati dal Comune sono stati scrutinati in sede di ottemperanza e ritenuti elusivi del giudicato. In argomento cfr., Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2008, n. 3817; Id., 15 aprile 2010, n. 2153; Id., 3 dicembre 2010, n. 8420.
- (11) C. giust. UE, sez. II, 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Impresa Pizzarotti*.
- (12) Cons. Stato, ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11. Sul punto, cfr. N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza Plenaria*, in questa Rivista, 2016, 1169 ss.; C. Commandatore, *Giudicato amministrativo - Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?*, in *Giur. It.*, 2016, 2718 ss.
- (13) Chiarisce la decisione dell'Adunanza plenaria n. 11/2016: "non si può trascurare, infatti, che questo articolato contenzioso, caratterizzato dalla stratificazione di sentenze del giudice amministrativo, atti dell'Amministrazione e attività esecutiva dei commissari ad acta che si sono avvicendati, nasce, in realtà, da un giudizio contro il silenzio inadempimento maturato nell'ambito di un procedimento di ricerca di mercato connotato dall'esistenza di ampi profili di discrezionalità amministrativa".
- (14) Cfr., par. 6.1.2.
- (15) Nel caso di specie "difetta infatti in radice il presupposto del contrasto tra giudicati che non può che riguardare giudicati tra loro esterni e non certo sentenze rese all'interno di un processo, funzionalmente unitario, volto a dare ottemperanza a una originaria sentenza di cognizione".
- (16) Se si vuole, alcune riflessioni sul tema specifico dell'abnormità del contenzioso come elemento peculiare del sistema del public procurement italiano, sono già state personalmente svolte in S. Valaguzza, *Sustainable development in public contracts. An example of strategic regulation*, Napoli, 2016, spec. 39 ss. e in A. Lachimia - S. Valaguzza, *A new approach in implementing the 2014 public procurement directives in Italy: ANAC's soft law regulatory powers amidst uncertainty and need for clarity*, in *PPLR*, 2017, 165 ss.
- (17) Usiamo l'espressione 'dimensione oggettiva' in luogo di quella che più di frequente si associa all'argomento, e che infatti compare nella sentenza in commento, di "limiti oggettivi del giudicato", perché più che di limiti, si tratta, a nostro avviso, di cogliere una 'dimensione': la dimensione oggettiva di rilevanza del giudicato amministrativo, appunto.
- (18) Ossia la decisione dell'Adunanza plenaria n. 11/2016.
- (19) Cfr., in particolare, la sintesi riportata al punto 1.15 della sentenza in commento.
- (20) Il concetto di dispositivo sostanziale è ben noto in dottrina, con questo significato: "Non vi è dubbio, quindi, che nella misura in cui l'obbligo di adempimento della p.a. e la pretesa sostanziale del ricorrente trovano riconoscimento e regolamentazione non solo nel dispositivo della sentenza, ma anche nella motivazione e nelle direttive che ne costituiscono integrazione, è a questo dispositivo in senso sostanziale (costituito dall'accoglimento del ricorso in relazione ai singoli motivi) che l'amministrazione deve principalmente far riferimento allo scopo di individuare le corrette linee guida per l'ulteriore attività amministrativa", B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 121. In giurisprudenza, il dispositivo rappresenta il momento decisivo e precettivo, mentre la motivazione quello giustificativo, cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 375.
- (21) Cfr. punto 6.1.1. della decisione dell'Adunanza plenaria n. 1/2017.
- (22) Cfr. punto 6.1.1.
- (23) Se si vuole, sulla nozione trasversale di giudicato, comune ad ogni sistema processuale, oltre che sulla teoria "pura" del giudicato cfr., S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 3 ss.
- (24) L'accertamento, infatti, quale momento necessario del processo di produzione del diritto è inteso come "strumento attraverso il quale, al fine di risolvere un problema di effettività dell'ordinamento, viene estratta la norma concreta dal confronto tra il caso singolo e il complesso delle disposizioni normative. [...] I due termini dialettici dell'attività di accertamento sono le circostanze di fatto e gli enunciati normativi", B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 75-76. Verrebbe così in essere un rapporto di corrispondenza biunivoca tra accertamento giurisdizionale (e

“amministrativo”, secondo la terminologia impiegata dallo Studioso) e attuazione del diritto obiettivo.

(25) Interessante la riflessione sul significato della funzione giurisdizionale di accertamento sempre in B. Tonoletti, L'accertamento amministrativo, cit., spec. capitolo I.

(26) Utili, ex multis, in quanto ricostruiscono la problematica con spunti non solo descrittivi ed anche auspicando una maggiore estensione del c.d. “giudizio sul rapporto”: M. Ramajoli, Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento, in questa Rivista, 2014, 709 ss.; G. Greco, Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell'art. 19 della l. 241/90), in questa Rivista, 2014, 645; Id., Il rapporto amministrativo e le vicende delle posizioni del cittadino, in Dir. amm., 2014, 585 ss.; L. Ferrara, Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare, in questa Rivista, 2013, 617 ss.; P. Carpentieri, Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo), in questa Rivista, 2013, 385 ss.; A. Carbone, Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo, in questa Rivista, 2013, 864 ss.; Id., L'azione di adempimento, Milano, 2012; I. Pagni, L'azione di adempimento nel processo amministrativo, in Riv. dir. proc., 2012, 328 ss.; V. Cerulli Irelli, Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo), in questa Rivista, 2012, 436 ss.; E. Scotti, Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. Plen. 15/11), in Dir. amm., 2011, 765 ss.; M. Clarich, Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele, in Giorn. dir. amm., 2010, 1121 ss. Sul medesimo tema, ma con argomentazioni differenti, più vicine a quelle riprese nel presente scritto, cfr. G. Tropea, L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione ed amministrazione, in questa Rivista, 2011, 965 ss.

(27) Norma ampiamente utilizzata in giurisprudenza. Cfr. da ultimo Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 30 gennaio 2014, n. 340; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002.

(28) Cfr. L. Bertozzi, Il giudizio sul silenzio, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), Il codice del processo amministrativo, Torino, 2012, spec. 958 ss., che mette in evidenza come la formulazione appena ricordata abbia ridotto lo spazio individuato in precedenza dalla giurisprudenza per il potere giudiziale di accertamento della fondatezza della pretesa del ricorrente, che rinveniva ostacoli solo nella discrezionalità amministrativa e nei fatti complessi (dunque non negli adempimenti istruttori in capo all'amministrazione ancora da evadere). Secondo lo Studioso, che propone una tesi che appare condivisibile, l'attuale formulazione dell'art. 31, comma 3, c.p.a. sarebbe sostanzialmente applicabile solo nei casi in cui l'inerzia dell'amministrazione (o, data la formulazione dell'art. 34, comma 1, lettera c), c.p.a., il provvedimento di diniego) avvenga in esito al completamento dell'istruttoria. Contra A. Carbone, L'azione di adempimento nel processo amministrativo, cit., spec. 242 ss.

(29) Ci si perdoni la genericità del termine, considerando che essa permette di formulare il nostro interrogativo in maniera particolarmente ampia.

(30) Cons. Stato, sez. V, ord. 17 luglio 2015, n. 3587.

(31) La questione della natura del processo di ottemperanza è stata oggetto di numerosi approfondimenti, che inevitabilmente esordiscono riconoscendo la problematicità dell'argomento e la specialità, a tale riguardo, del giudizio amministrativo, per concludere, prevalentemente, ravvisando in esso le caratteristiche dei giudizi di esecuzione. Le argomentazioni che, sotto diverse angolazioni, fanno propendere per sostenere la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza, sia pure con rilevanti peculiarità rispetto alla tradizione dei giudizi di esecuzione civile, sono: a) la funzione essenzialmente attuativa del giudicato che la teoria del processo ha attribuito al giudizio di ottemperanza: R. Villata, L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, Milano, 1971, 106 ss.; G. Verde, Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, in Riv. dir. proc., 1980, 650 ss.; b) la considerazione secondo cui l'obbligo di conformarsi al giudicato amministrativo è interno alla sentenza da eseguirsi e si ascrive all'area della problematica concernente gli effetti della sentenza amministrativa, ancora R. Villata, Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento, in questa Rivista, 1989, 369 ss., spec. 375; c) la comunanza funzionale con gli istituti dell'esecuzione civile, B. Sassani, Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, Milano, 1997, 18 e passim; d) la diversa, eppur presente, 'esecutività' delle sentenze del giudice amministrativo rispetto a quelle del giudice ordinario ex artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865, A. Romano Tassone, Giudizio di ottemperanza e sentenze dei T.A.R., nota a Tar Sicilia, 23 maggio 1975, n. 120, in Trib. amm. reg., 1975, II, 188 ss.; e) il recupero della tradizionale valenza del rapporto cognizione-esecuzione, in funzione di una più completa tutela del privato: M. Clarich, L'effettività della tutela nelle decisioni del giudice amministrativo, in questa Rivista, 1998, 523 ss., spec. 549 ss.; pare orientato in questa direzione anche A. Travi, L'esecuzione della sentenza, in S. Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Il processo amministrativo, V, Milano, 2003, 4605 ss.; sulla stessa linea M. Maffezzoni, Ancora sulla natura e funzione esclusivamente giurisdizionale del giudizio di ottemperanza, in Foro amm., 1987, 2851, spec. 2857; f) la necessità per lo Stato di dotare il cittadino di uno strumento che impegni l'Amministrazione ad eseguire puntualmente il contenuto del giudicato, G. Romeo, L'ottemperanza, oggi, in questa Rivista, 1988, 37 ss. Chi propende, invece, per il riconoscimento della natura cognitiva del giudizio di ottemperanza evidenzia che: a) la sentenza del giudice amministrativo non contiene obblighi precisi, A. M.

Sandulli, L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative, in Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della costituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 314; b) la necessità dell'integrale soddisfazione del ricorrente, S. Santoro, L'esecuzione del giudicato ed il problema del risarcimento del danno, in questa Rivista, 1993, 451, spec. 462: "è compito del giudice dell'ottemperanza adottare ogni misura, anche non puntualmente indicata nella decisione da eseguire, per attuare in concreto l'interesse sostanziale fatto valere dal ricorrente". Una posizione particolare, seguita dai più, è stata proposta da M. Nigro, Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1981, 1157 ss., secondo cui il giudizio di ottemperanza è un misto di cognizione ed esecuzione, considerato che esso non può ritenersi sempre attratto nell'area dell'attività esecutiva, ma deve provvedere ad individuare, se del caso, la concreta volontà della legge; similmente S. Pelillo, Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo, Milano, 1990, 44, che sottolinea l'opportunità di salvare le prerogative del giudizio di ottemperanza, escludendo una classificazione netta della sua natura giuridica in termini di esecuzione piuttosto che di cognizione; gli autori vicini alla teorizzazione del giudicato a formazione progressiva hanno invece sostenuto che il giudizio di ottemperanza non sia mai attività meramente esecutiva, né interamente cognitiva, ma "conseguenziale, in quanto riguarda il caso deciso, alla decisione definitivamente consacrata nel giudicato", C. Calabrò, L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo, in Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1983, 159 ss.; tale impostazione è stata rivalutata da B. Sassani, Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, cit., 121, contra R. Villata, Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento, cit., 378. In generale, per chi volesse approfondire, interessante Aa.Vv., Il giudizio di ottemperanza, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna (17-19 settembre 1981), Milano, 1983, 199 ss.

(32) Cfr. art. 114, comma 6, c.p.a. Su forme e rationes delle modalità di impugnazione degli atti del commissario ad acta, sia consentito rinviare a S. Valaguzza, Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta, in questa Rivista, 2015, 1391 ss.

(33) A nostro avviso, diversamente da quanto sostengono altri autori, lo possono fare anche le parti, qualora gli atti del commissario siano espressione di discrezionalità amministrativa, cfr. S. Valaguzza, Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta, cit., passim.

(34) Per quanto sopra illustrato, non appare condivisibile quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che, enfatizzando la qualifica del commissario come organo ausiliario del giudice, ritiene che gli atti commissariali non costituiscono atti di amministrazione attiva, ma rientrano nella funzione giurisdizionale lato sensu intesa. In realtà, l'impressione che si trae dall'esame del materiale giurisprudenziale è che la qualificazione nei termini di cui si è detto sia il mezzo tramite cui ridurre il campo del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti commissariali in sede di reclamo. V. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 11 aprile 2017, n. 2004; sulla c.d. teoria mista (che qualifica come atti giurisdizionali i provvedimenti del commissario in stretta esecuzione di un preciso ordine del giudice, e come atti amministrativi quelli che siano esercizio di potere amministrativo discrezionale), cfr. S. Valaguzza, Contro il supposto superamento della teoria mista per definire la giurisdizione degli atti del commissario ad acta, cit., 1391 ss.

(35) Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. G. Manfredi, Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso, in questa Rivista, 2011, 316 ss.; A. Cassatella, Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?, in Foro amm. Tar, 2010, 810 ss.; S. Valaguzza, La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio, in questa Rivista, 2004, 1245 ss.

(36) In realtà, si intenderà come, alla luce delle considerazioni che stanno per essere svolte, non si tratta di una nozione in senso tecnico giuridico. Da qui il senso delle virgolette che circondano l'espressione utilizzata in senso atecnico nel testo.

(37) In particolare, secondo le sezioni unite della Corte di Cassazione: "Va pure evidenziato che è ben possibile che si sia in cospetto di fatti che, pur conosciuti, all'epoca dell'emanazione dell'atto, dalla P.A. non siano stati dalla stessa valorizzati, ma in tal caso è il giudice dell'ottemperanza che, nell'ambito della sua giurisdizione, deve provvedere alla valutazione della loro rilevanza", cfr. Cass., sez. un., 20 giugno 2017, n. 15275. Dunque, se da una parte si riconosce e si esplicita la necessità di conferire adeguata effettività alle sentenze del giudice amministrativo "e, nel contempo, di contenere in tempi ragionevoli la risposta giurisdizionale e di evitare inutili duplicazioni — o comunque proliferazioni — di accesso alla tutela giurisdizionale", dall'altra si ammette che non si può certo addivenire "alla conclusione che l'esigenza di certezza, propria del giudicato, e cioè di un assetto consolidato degli interessi coinvolti, possa comportare un effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, qualora questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove non contemplate e va aggiunto — non contemplabili in precedenza".

(38) Interessante il richiamo, contenuto nella citata pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 20 giugno 2017, n. 15275) al diritto all'esecuzione di una sentenza nel quadro europeo delle garanzie della tutela giurisdizionale: "L'art. 112 cod. proc. amm., comma 1 che apre il titolo 1, dedicato al giudizio di ottemperanza, impone alla P.A. e alle altre parti l'obbligo di eseguire i provvedimenti del G.A., e tale obbligo assume particolare rilievo proprio nei confronti della P.A., in una prospettiva di leale ed imparziale esercizio del munus publicum, in esecuzione dei principi di cui

all'art. 97 Cost. e che permeano pure la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla quale il diritto all'esecuzione della pronuncia del giudice è considerato complemento inevitabile e qualificante della tutela offerta dall'ordinamento in sede giurisdizionale, come pure evidenziato nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Se, quindi, la P.A. ha l'obbligo di soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso e di non frustrare con comportamenti elusivi le legittime aspettative di questi, è indispensabile che la P.A., nel dare concreta attuazione alla pronuncia giurisdizionale, cooperi lealmente, attenendosi ai noti principi di buona fede e correttezza, senza che l'ottimale assetto di tutti gli interessi di volta in volta coinvolti possano costituire una giustificazione o, peggio, un alibi per sottrarsi all'esecuzione del giudicato. Va pure evidenziato che è ben possibile che si sia in cospetto di fatti che, pur conosciuti, all'epoca dell'emanazione dell'atto, dalla P.A. non siano stati dalla stessa valorizzati, ma in tal caso è il giudice dell'ottemperanza che, nell'ambito della sua giurisdizione, deve provvedere alla valutazione della loro rilevanza”.

(39) Ancora Cass., sez. un., 20 giugno 2017, n. 15275.

(40) L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 2 del 15 gennaio 2013 ha affermato che nel momento in cui l'amministrazione rinnova il procedimento, tenendo conto del potere conformativo della sentenza, essa deve, nella fase di prima riedizione del potere, far emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongano all'accoglimento dell'istanza del privato. Sull'argomento si veda la nota di M. Trimarchi, Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013, in questa Rivista, 2015, 393 ss.

(41) “Deducibile nel processo è ogni fatto che può dare origine al diritto potestativo all'annullamento oppure, secondo l'altra impostazione in tema di oggetto del giudizio, che sia rilevante per la produzione dell'effetto costitutivo (annullamento) invocato. Il ricorrente è soggetto ad un vero e proprio onere di dedurre nell'atto introduttivo del giudizio tutti i motivi di invalidità dell'atto impugnato. Se non ottempera all'onere, e fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti ove ne ricorrano i presupposti, la sentenza di rigetto passata in giudicato non può essere messa più in discussione in un secondo giudizio; e ciò anche a prescindere dalla questione relativa al termine di decadenza previsto per la proposizione del ricorso”, M. Clarich, Giudicato e potere amministrativo, cit., 137 ss., citazione da pagina 151.

(42) Dunque, tendendo a ridurre (non ad ampliare come fa invece l'Adunanza plenaria nella decisione citata nel testo) l'ambito dell'ottemperanza ad aspetti di tipo interpretativo, ma non integrativo del contenuto della sentenza di merito.

(43) Una critica alla tesi dell'Adunanza plenaria appena richiamata e una riflessione sulle tesi esposte da Clarich, sono riportate in S. Valaguzza, Il giudicato amministrativo nella teoria del processo, cit., cap. IV, passim.

(44) Prima tra tutti, P.M. Vipiana, Contributo allo studio del giudicato amministrativo, Milano, 1990, 414: “Ritengo si possa affermare che quest'ultimo [il giudicato, n.d.r.], inteso in senso sostanziale — cioè, a mio parere, come regola incidente nella situazione di fatto —, non emerge dalla sola sentenza ma, diversamente da quanto accade per il giudicato civile, recepisca i propri contenuti anche da attività ulteriori, in primo luogo amministrative. Il che, a sua volta, causa, quale determinante corollario, un'estrema relatività del giudicato amministrativo”. Con un approccio differente, ma pur sempre volto ad intendere il giudicato amministrativo come giudicato a formazione progressiva, che si completa nel giudizio di ottemperanza, cfr. C. Calabrò, L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo, in Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, cit.; L. Ferrara, Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione, cit., passim. Nel senso invece della “inafferrabilità” del giudicato amministrativo, F. Satta, Principi di giustizia amministrativa, Padova, 1978, 304 e anche F. Benvenuti, Giudicato (diritto amministrativo), cit., passim.

(45) P.M. Vipiana, Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit., fin dall'introduzione del suo lavoro monografico e passim.

(46) Come del resto ammettono i sostenitori del giudicato a formazione progressiva: «Forse però la ratio del giudicato amministrativo non va ravvisata nel principio di certezza: in ultima analisi, nel processo amministrativo la sentenza passata in giudicato formale fornisce una mera porzione di una regola rivolta ad un pubblico potere, quello dell'amministrazione, che nel frattempo ha proseguito ad esplicitarsi e che si esplicherà in futuro. È logico che ciò impedisca di qualificare la certezza come primaria caratteristica del giudicato amministrativo, ed induca piuttosto a ricercare il fondamento dell'istituto nell'attitudine del dictum giudiziale non più soggetto a gravami, e perciò relativamente stabile, a pronunciarsi sull'attività amministrativa pregressa ed a conformare quella futura, a mezzo di un contenuto ordinatorio, la cui latitudine e la cui coerenza sono direttamente proporzionali alla capacità del giudice di imprimere del proprio volere l'azione amministrativa, attraverso un'oculata scelta dei motivi di ricorso e dei contenuti che attribuisce alla sua pronuncia», P.M. Vipiana, Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit., 430.

(47) P.M. Vipiana, op. cit., 425.

(48) Nell'ambito della quale verrebbero integrati elementi di cognizione volti a definire le modalità e i contenuti dell'attività amministrativa successiva alla decisione sull'esito della lite.

(49) Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

(50) Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5380.

(51) Per una più completa discussione, in chiave critica, della tesi del giudicato a formazione progressiva, si rinvia a S.

Valaguzza, Il giudicato amministrativo nella teoria del processo, cit., 179 ss.

(52) La distinzione tra l'esecuzione della sentenza del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo pronunciate contro il soggetto pubblico emerge con tutta chiarezza dalle parole di Nigro: "L'obbligo di conformarsi dell'amministrazione alla sentenza del giudice ordinario ha il suo centro e il suo oggetto principale nell'eliminazione dell'atto amministrativo che, invece, all'esito del giudizio amministrativo risulta già distrutto [...] rispetto alla sentenza del giudice ordinario, l'obbligo di conformarsi è totalmente estraneo al contenuto ed agli effetti di questa sentenza, è un effetto ulteriore di cui la legge la carica, mentre, rispetto alla sentenza amministrativa, l'obbligo di conformarsi giammai potrebbe configurarsi come situazione a sé stante, esterna ad essa e appiccicata ex post dal legislatore, ma può considerarsi soltanto come una formula con la quale si esprimono e si sintetizzano gli effetti propri della sentenza stessa", M. Nigro, Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza, cit., anche in Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, Settembre 1981, Milano, 1982, 64.

(53) L'assoluta peculiarità dell'attività interpretativa del giudice dell'ottemperanza si coglie dall'esame della sentenza della Adunanza plenaria n. 11/2016, cui si rinvia.

(54) Par. 6.3.1.

(55) Tanto è vero che, al fine di eliminare qualsiasi ambiguità interpretativa che potesse individuare nell'ottemperanza un giudizio di cognizione, l'originaria previsione contenuta nell'art. 112, comma 4, c.p.a. — in base alla quale si ammetteva che nel processo di ottemperanza potesse essere proposta, pur senza essere stata presentata nel giudizio di cognizione il cui giudicato veniva portato ad esecuzione, la domanda risarcitoria ex art. 30, comma 5 (ossia la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi genericamente intesa) — è stata soppressa con la legge articolo 1, comma 1, lettera cc), numero 2), d. lg. 15 novembre 2011, n. 195. Si tratta del c.d. secondo Decreto correttivo al codice del processo, nella cui Relazione illustrativa si legge che "la formulazione del comma 4 poteva ingenerare equivoci: resta così chiarito che il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 5, deve essere chiesto sempre dinanzi al giudice di primo grado". La giurisprudenza amministrativa, riallineandosi all'orientamento precedente all'entrata in vigore del comma 4 dell'art. 112 c.p.a., ha riconosciuto che l'intervenuta abrogazione del comma 4 ha consentito di evitare che il giudice dell'ottemperanza svolgesse un vero e proprio giudizio di cognizione, a dispetto della sua natura esecutiva. Pertanto, attualmente il giudice dell'ottemperanza può conoscere soltanto dell'istanza relativa ai danni connessi all'ottemperanza, in quanto derivanti dall'impossibilità o comunque dalla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale del giudicato o dalla sua violazione o elusione ai sensi dell'art. 112, comma 3. Cfr., ex multis, Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2016, n. 41; C.g.a.r.s., sez. giurisd., 3 giugno 2015, n. 424; Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 362.

(56) Intendiamo l'antifragilità del giudicato come opposto della fragilità, per riferirci alla capacità del giudicato di resistere nel tempo (anche al disordine sistematico che spesso caratterizza il processo amministrativo) e trarre vantaggio dai mutamenti del sistema processuale, offrendo uno strumento sempre coerente, pronto a rispondere alle esigenze di giustizia, nel rispetto della certezza del diritto. Resa possibile dall'assenza di norme che dettagliano la nozione di giudicato sostanziale e dalla indeterminatezza semantica del termine, l'antifragilità del giudicato, immanente al compromesso di cui si è detto, garantisce non solo la sua sopravvivenza ai cambiamenti, ma anche la sua eccezionale utilità concreta, che permette di proteggere ciò che sia funzionale ai principi trasversali sottesi all'istituto, in maniera progressivamente coerente con le sopravvenute esigenze del sistema della tutela giurisdizionale considerato nel suo insieme. In altri termini, tale antifragilità esprime, a nostro avviso, la forza autoadattativa del compromesso che il giudicato rappresenta. Il concetto di antifragilità del giudicato amministrato è stato elaborato per la prima volta in S. Valaguzza, Il giudicato amministrativo nella teoria del processo, cit., 39 ss.

(57) Nella logica, sempre più evidente, della frammentazione normativa, in ragione della quale determinate situazioni soggettive nascono ora nell'ordinamento interno ora nell'ordinamento sovranazionale e vengono poi disciplinate, in tutto o in parte, in un ordinamento diverso da quello della loro creazione. Fenomeno, questo, che richiede alle giurisdizioni nazionali di consentire il godimento non solo delle situazioni soggettive meramente interne ma anche di quelle sovranazionali o di derivazione sovranazionale o influenzate dal diritto sovranazionale. Sul concetto di frammentazione normativa della fattispecie ci sia consentito rinviare a S. Valaguzza, La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea, Milano, 2008, passim.

(58) E, sia pure con un meccanismo parzialmente diverso, anche per le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. S. Valaguzza, Il giudicato amministrativo nella teoria del processo, cit., 39 ss.