

Argomento 11

TRACCIA

Giudicato, sopravvenienze e diritto europeo

A. Schema per punti

1. Giudicato in generale: rinvio 2. Giudicato e legge successiva. 3. Sopravvenienze “europee”: cenni e rinvio. 4. Intangibilità del giudicato amministrativo.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 4, par. 12.2, pagg. 190-193, Capitolo 27, parr. 8-10, pagg. 2062-2066.

C. Dottrina.

1. *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, di C. Matteucci, in *Foro Amministrativo*, fasc.11, 2018, 2109

Nota a Cons. Stato ad. plen. 6 aprile 2017, n. 1

1. Inquadramento del tema. Il ruolo del giudizio di ottemperanza. — 2. Il giudizio di ottemperanza e il giudicato amministrativo a formazione progressiva. — 3. Il regime delle sopravvenienze di fatto e di diritto nel giudicato amministrativo. — 4. Il rilievo dello ius superveniens in alcuni casi pratici. — 5. Segue: intangibilità del giudicato e contrasto con il diritto comunitario. — 6. Riflessioni conclusive.

1. Inquadramento del tema. Il ruolo del giudizio di ottemperanza

Nell'ambito della disciplina del processo amministrativo, il giudizio di ottemperanza viene introdotto quale strumento di effettiva tutela alla luce dei principi della Costituzione e del diritto europeo (1). Infatti, la ratio dell'istituto è da individuarsi nel conseguimento del bene della vita in capo alla parte vittoriosa (2), nonché nell'adattamento della realtà materiale e giuridica ad un giudicato anteriore (3). A tal fine, il legislatore ha dotato il giudice amministrativo anche del potere di sostituirsi alla P.A., per il tramite del commissario ad acta (4), andando ben al di là del processo esecutivo civile (5). Tanto è vero che, al fine di rendere effettiva la tutela del ricorrente (6), il giudice può anche adottare atti che comportino un uso della discrezionalità amministrativa (7). Questi poteri sono, in ogni caso, coerenti con la disciplina dettata dall'articolo 34, comma 1, lett. d), c.p.a., in base al quale il giudice nei casi di giurisdizione di merito adotta un nuovo atto ovvero modifica o riforma quello impugnato.

Dal punto di vista sistematico, il giudizio in parola, inoltre, rappresentando un'applicazione legale del principio di effettività della giustizia amministrativa (8), vieta alla P.A. in linea di principio una riedizione del potere in contrasto con un precedente giudicato amministrativo sfavorevole (9). Il giudice, invero, prevede un doveroso modus operandi in capo all'amministrazione volto a superare elusioni e contrasti con anteriori decisioni (10), al fine di promuovere il diritto alla certezza della tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 della Costituzione.

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

Il fine ultimo del giudizio, infatti, va iscritto al diritto del privato di ottenere l'esecuzione della sentenza favorevole in tempi rapidi senza la necessaria attivazione di un ulteriore giudizio di cognizione (11).

Tuttavia, come si vedrà di seguito, l'istituto in parola spesso ha comportato un contrasto tra il principio di effettività della tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico principale.

In particolare, per cercare di ovviare alla potenziale violazione dell'effettività della difesa del privato vittorioso, la giurisprudenza (12), nel declinare il potere riconosciuto al giudice amministrativo, ha introdotto l'istituto delle sopravvenienze, giungendo, così, ad offrire una definizione, per certi versi più nitida, del perimetro del giudizio in esame.

Nonostante ciò, spesso tale istituto è stato utilizzato per mascherare elusioni e violazioni del giudicato a discapito del ricorrente vincitore, ledendo i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza del diritto. Infatti, secondo la suddetta giurisprudenza (13), a determinate condizioni, la parte vittoriosa può rimanere senza un rimedio esecutivo effettivo per il sopraggiungere di sopravvenienze di fatto o di diritto. Nella prassi, il giudizio di ottemperanza è stato « svuotato » del suo potere di coazione diretta (14), trasformandolo tutto al più in strumento di coazione indiretta.

2. Il giudizio di ottemperanza e il giudicato amministrativo a formazione progressiva.

Nel giudizio di ottemperanza (15), il giudice, come identificato ex art. 113 c.p.a., esercita la propria giurisdizione con **cognizione estesa al merito**, divenendo il giudice naturale sia dell'adeguamento dell'attività amministrativa (sussequente a una sentenza), sia delle obbligazioni che hanno il proprio presupposto da quel giudicato (16).

Per tale motivo, al giudice dell'ottemperanza è **devoluto un potere di natura mista (17), essendo diretto non solo all'esecuzione del giudicato** (ovvero all'adeguamento della realtà materiale alla regola di diritto stabilita dal decisum del giudice), **ma anche ad una prodromica attività di cognizione con lo scopo di definire e specificare la regola di diritto contenuta nella decisione** (18). Infatti, secondo giurisprudenza maggioritaria, l'azione di ottemperanza non è inquadrabile nello schema della mera **azione esecutiva di sentenze o altri provvedimenti** equiparabili (19). Essa presenta profili di **carattere cognitorio** che arricchiscono il contenuto della domanda (20), atteso che il giudice esercita gli ampi poteri conferiti ex lege, integrando l'originario disposto della sentenza impugnata dinanzi ad esso, con determinazioni che non ne costituiscono una mera esecuzione, ma un'attuazione in senso stretto, dando luogo al giudicato a formazione progressiva (21). Tale attività di cognizione, in sede di interpretazione, conosce, tuttavia, il **limite costituito dal giudicato stesso**, dovendo, comunque, mantenersi entro i confini delle statuizioni giudiziarie e trovare in esse il proprio fondamento (22).

Alla luce di quanto detto, appare evidente che sotto la definizione di « giudizio di ottemperanza » (23) si individuano azioni diverse, alcune esecutive, **altre di tipo cognitorio, il cui comune presupposto spesso è l'esistenza di una sentenza passata in giudicato (24)**. Per tale ragione, assume centrale importanza l'individuazione dell'esatta portata del giudicato amministrativo (25) che si presenta in modo poliforme, a seconda delle situazioni giuridiche coinvolte e delle censure dedotte (26).

Il codice del processo amministrativo non dà una definizione di giudicato (27), ma effettua un semplice rinvio (art. 39 c.p.a.) alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali (28). Nel **diritto civile il giudicato è disciplinato agli articoli 324 c.p.c. e 2909 c.c. per cui il giudicato formale indica l'irrevocabilità della pronuncia del giudice**, che è presupposto (pur non coincidendo con esso) del giudicato sostanziale ovvero la definitività della regolamentazione giuridica intervenuta fra le parti (29). Vale a dire che il giudicato diviene regola del caso concreto (30).

Nello specifico, il passaggio in giudicato **della sentenza del giudice amministrativo si ottiene nel momento in cui non sia più esperibile una impugnazione ordinaria (appello al Consiglio di Stato, ricorso alla Corte di Cassazione per motivi di giurisdizione, revocazione ex art. 395, n. 4 e 5, c.p.c.)** (31).

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

Nel diritto amministrativo spesso si ricorre alla definizione di « giudicato a formazione progressiva » (32), poiché la decisione del giudice amministrativo si intercala nell'articolato rapporto tra privato e amministrazione. Infatti, il giudicato amministrativo, strutturalmente incompleto (33), individua i suoi elementi costitutivi sia nella decisione del giudice, sia nella susseguente attività della P.A. per l'applicazione della medesima sentenza. Pertanto, l'intangibilità del giudicato deve confrontarsi con il principio di continuità e tendenziale inesauribilità del potere esecutivo (34).

Proprio per questi motivi, il giudice dell'ottemperanza (qualora le decisioni ottemperande provengano dal giudice amministrativo (35)) « può arricchire, integrare e specificare il giudicato con una formazione progressiva dello stesso, può ad esempio specificare o integrare il giudicato qualora sia necessario, ma soltanto nell'ipotesi in cui ciò si renda necessario, e giammai modificando e (o) stravolgendo il contenuto del decisum » (36). In altre parole, il giudice dà attuazione alla precedente decisione con l'esercizio di **poteri esecutivi e cognitivi (37) per l'applicazione del principio di effettività della giustizia amministrativa (38).**

Ciononostante, secondo la giurisprudenza (39), i momenti di cognizione ammessi nel giudizio di ottemperanza, possono essere solo quelli strettamente consequenziali al giudicato o con essi connessi. Non sono, invece, concepibili momenti di cognizione autonomi, in relazione a sopravvenienze o spazi lasciati « bianchi » dal giudicato, perché diversamente ragionando si potrebbero alterare le regole sul riparto di giurisdizione e l'ottemperanza diventerebbe la sede per attribuire al giudice amministrativo spazi di cognizione in ambiti riservati ad altre giurisdizioni (in questo senso, TAR Lombardia, sez. III, 8 febbraio 2017, n. 308). Infatti, vale al riguardo il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quando la cognizione della questione controversa (la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'amministrazione obbligata) risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi può provvedere in proposito (40).

Alla luce di quanto detto, si evince come il giudizio di ottemperanza (41) sia chiaramente ispirato ai principi di lealtà processuale e di effettività della tutela giurisdizionale del privato contro una riedizione del potere della P.A. in contrasto con una decisione del giudice. La ratio dell'istituto, infatti, è quella di **correggere soluzioni (diffuse nella prassi) che sfociavano in elusioni del giudicato anche per violazioni puramente fattuali.**

3. Il regime delle sopravvenienze di fatto e di diritto nel giudicato amministrativo.

Il giudicato amministrativo, come sopra precisato, ha una struttura incompleta nel senso che rintraccia le sue componenti sia nella decisione del giudice, sia nella riedizione del potere della P.A. successiva a tale sentenza. **Tale ultima attività può essere limitata o preclusa da eventi sopravvenuti di fatto e di diritto che contrastano con la pronuncia del giudice (42) (cd. sopravvenienze).** Di conseguenza, l'efficacia del giudicato si rivela rebus sic stantibus (43) ovvero condizionata al perdurare delle circostanze vigenti al momento della pronuncia giudiziale (44).

Nonostante l'incidenza dirimente delle sopravvenienze, nell'ordinamento italiano non vi è una disciplina chiara dell'istituto, da qui l'importanza delle statuizioni della giurisprudenza come bussola per gli operatori del diritto.

Le sopravvenienze corrispondono ad un evento successivo all'emanazione della decisione del giudice che incidono sulla efficacia della statuizione stessa non dipendenti dalla volontà dell'obbligato (45). L'evento sopravveniente può essere costituito, a titolo esemplificativo, da una nuova situazione di fatto, dall'entrata in vigore di una legge, dall'acquisto dell'efficacia da parte di un atto amministrativo generale (46).

All'uopo, **occorre distinguere tra sopravvenienze di fatto e di diritto.** Le prime « possono incidere nei limiti in cui non rendono più possibile la c.d. tutela ripristinatoria, ferma restando la possibilità di attivare altri rimedi di tipo risarcitorio » (47). Le sopravvenienze di diritto, invece, per lo più corrispondono ad un **cambiamento della normativa a seguito dell'emanazione della pronuncia del giudice. Si tratta di un factum principis (regolamento, legge) che si frappone fra il giudicato e il bene della vita, facendo venire meno** (a determinate condizioni) l'obbligo della P.A. di ottemperare (48). Naturalmente, la sopravvenienza non può, però, essere usata come « scudo » per

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

eludere il decisum del giudice, poiché ciò contrasterebbe con i principi costituzionali di legalità e separazione dei poteri.

Ancora. Il novum, inoltre, può corrispondere ad un provvedimento amministrativo (49). Pensiamo all'ipotesi di richiesta di risarcimento dei danni per equivalente derivanti dal mancato affidamento di un appalto di servizi da parte di un'impresa sopraggiunta da una informativa antimafia (sopravvenienza) (50). In una tale ipotesi, il giudice amministrativo ha ritenuto infondato il ricorso, in quanto nessun fatto illecito, omissivo o commissivo, era stato eziologicamente ricondotto alla P.A., giacché il mancato affidamento del servizio (di cui si chiedeva il risarcimento del danno) era dipeso unicamente dal sopraggiungere della predetta informativa antimafia al momento del provvedere (51). Appare, allora, evidente come sia ampio il ventaglio di ipotesi in cui è possibile individuare l'influenza di sopravvenienze.

Proprio per evitare potenziali violazioni del giudicato, la giurisprudenza maggioritaria (52) ha limitato l'operatività del novum individuando come limite temporale la data di notificazione della sentenza divenuta irrevocabile. In altre parole, occorre accertare se le sopravvenienze si siano verificate prima o dopo la notifica della decisione (53). Tale impostazione trova la propria ratio nella necessità di non **vanificare l'intangibilità del giudicato e, quindi, la decisione** del giudice. La giurisprudenza citata ha voluto tutelare l'esigenza di certezza ossia l'assetto consolidato degli interessi coinvolti nella vicenda processuale.

L'Adunanza Plenaria (54) ha, poi, specificato come le sopravvenienze rispetto al giudicato, siano in linea di principio strutturalmente irrilevanti sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incidano su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato. In quest'ultima ipotesi, non si determinerebbe un conflitto con la pronuncia del giudice, ma si verificherebbe una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima. Pertanto, nonostante il limite temporale della notifica, l'efficacia del giudicato amministrativo sarebbe subordinata al permanere invariato delle circostanze normative e fattuali presenti al momento di emanazione della decisione (55), vincolando la nuova attività di riedizione del potere da parte dell'amministrazione al decisum.

In ogni caso, la giurisprudenza maggioritaria ha condivisibilmente osservato che, perché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato, non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'amministrazione (dopo la formazione del giudicato, sulla base di una sopravvenienza) alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia, essendo necessario che l'amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, **in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, oppure cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di una potestà pubblica formalmente diversa in palese carenza dei presupposti che lo giustificano** (56).

In ogni caso, la giurisprudenza citata fa salva la possibilità da parte del ricorrente vincitore di ottenere una tutela risarcitoria ex art. 112, comma 3, c.p.a. qualora la sopravvenienza di fatto o di diritto incida in maniera negativa sulla esecuzione della sentenza (57).

Aggiungendo un ulteriore tassello a conferma del limite temporale della notifica, il Consiglio di Stato (58) ha escluso dalle sopravvenienze in senso proprio, le sopravvenienze precedenti alla emanazione della sentenza di primo grado. Infatti, nella suddetta decisione, i Giudici di Palazzo Spada confermando la validità del suddetto consolidato orientamento (59), osservano, tuttavia, come tale impostazione possa trovare applicazione unicamente in relazione alle sopravvenienze in senso proprio, ossia in relazione a elementi di fatto o di diritto che non abbiano rappresentato oggetto effettivo o potenziale del thema decidendum e che siano emersi solo successivamente al passaggio in decisione del ricorso e prima della notifica della sentenza.

Ancora. Nel definire i rapporti tra giudicato e sopravvenienze il Consiglio di Stato (60) ha da un lato affermato che l'amministrazione, in virtù dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del giudicato (61), non può rideterminarsi in senso difforme da quest'ultimo in ordine alla situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, sulla quale il giudicato medesimo ha, per definizione,

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

conclusivamente deciso, ma ha, per contro, l'obbligo "di ripristinare la situazione controversa con effetto retroattivo". L'Adunanza Plenaria ha, tuttavia, precisato che l'effetto ripristinatorio retroattivo giudicato non può essere inteso in senso assoluto, ma va parametrato alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale). Quindi, ha ulteriormente specificato che l'obbligo di esecuzione in questione non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo. La ratio della giurisprudenza fin qui esaminata è di limitare il più possibile i contrasti tra giudicato e sopravvenienze al fine di garantire i principi di lealtà processuale e di effettività della tutela giurisdizionale. Riprendendo il già citato rapporto fra giudicato e sopravvenienze, nelle decisioni citate si è cercato di dare prevalenza alla tutela concreta ed affettiva del privato rispetto alla riedizione del potere della P.A. (in contrasto con una sentenza). Nondimeno, come si vedrà nel paragrafo successivo, spesso i giudici si sono discostati dai limiti temporali di incidenza delle sopravvenienze in contrasto con il giudicato favorevole al privato.

4. Il rilievo dello ius superveniens in alcuni casi pratici.

Nonostante i numerosi interventi chiarificatori dell'Adunanza Plenaria, permane incertezza nel rapporto tra sopravvenienze e giudicato, comportando approcci giurisprudenziali difformi nella eterogenea casistica applicativa. Al fine di offrire un quadro più dettagliato di tali contrasti relativi al limite temporale della notificazione, appare opportuno analizzare (nel presente paragrafo e nel successivo) qualche interessante pronuncia giurisprudenziale. In particolare, appaiono rilevanti tre sentenze (Tar Umbria, sez. I, 20 novembre 2017, n. 716; Cons. giust. amm. Sicilia, 4 aprile 2018, n. 188; Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016., n. 11).

La prima decisione che si segnala a riguardo è una pronuncia (di rigetto) del Tar Umbria, Perugia (sentenza n. 716 del 20 novembre 2017) su un ricorso proposto da una società per la condanna di un Comune al risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione di una precedente sentenza passata in giudicato (Tar Umbria, Perugia, n. 288 del 22 giugno 2011) per mancato tempestivo riesame da parte del Comune dell'istanza della società ricorrente di rilascio del permesso di costruire per la realizzazione di un campo fotovoltaico.

Preliminarmente giova ricostruire l'esatta portata dell'antecedente giudicato intervenuto inter partes (Tar Umbria, Perugia, sentenza n. 288 del 22 giugno 2011) di cui la società istante lamentava la violazione nel giudizio in esame. Con la sentenza n. 288/2011, il Tar Umbria aveva annullato il provvedimento con cui il Comune aveva rigettato l'istanza di permesso a costruire presentata dalla ricorrente. Il Tribunale, inoltre, aveva respinto la domanda risarcitoria in assenza della prova della colpa del Comune nel denegare i richiesti atti abilitativi, affermando, altresì, quale sorta di rimedio in forma specifica del lamentato mancato guadagno, il tempestivo riesame da parte del Comune dell'istanza della ricorrente.

Occorre precisare come il precedente giudicato de quo non avesse accertato la fondatezza della pretesa della ricorrente alla realizzazione dell'impianto fotovoltaico, pur non avendo ravvisato allo stato degli atti ragioni ostative. Né tanto meno la pronuncia aveva cristallizzato la normativa applicabile al procedimento di rilascio del titolo abilitativo, la quale, per l'appunto, era cambiata successivamente al deposito della sentenza. Infatti, a seguito della suddetta decisione era entrato in vigore il R.R.7/2011 in base al quale la competenza al rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione degli impianti fotovoltaici veniva trasferita dai Comuni alle Province.

In particolare, nel giudizio di ottemperanza, il ricorrente lamentava la violazione e la elusione del giudicato precedente, poiché l'invocato regolamento regionale sopraggiunto, espressamente applicabile anche ai procedimenti pendenti, non avrebbe potuto applicarsi nel caso di specie dal momento che il procedimento volto al rilascio del permesso di costruire si era già concluso con il provvedimento comunale di diniego annullato dall'adito Tribunale Amministrativo. Infatti, secondo il principio *tempus regit actum* i nuovi e più stringenti vincoli di cui al citato regolamento non avrebbero potuto trovare applicazione ad una vicenda oramai compiutamente definita.

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

Contrariamente, ad avviso del Tar Umbria (nel giudizio di ottemperanza in commento, sentenza n. 716 del 20 novembre 2017), tale mutamento normativo (sopravvenienza) era applicabile anche al procedimento amministrativo in questione azionato dal ricorrente, poiché non si era concluso alla data di entrata in vigore della novella.

Infatti, nel caso di specie per effetto dell'entrata in vigore del citato R.R.7/2011 la competenza al rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione degli impianti fotovoltaici era stata trasferita alle Province, sì da rendere inevitabile per la ricorrente l'attivazione di un nuovo procedimento presso l'ente competente (la Provincia e non più il Comune), seppur nel rispetto dei criteri conformativi di cui al giudicato. La nuova istanza, pertanto, andava presentata non al Comune (come, invece, aveva effettuato la ricorrente), ma alla Provincia.

In particolare, secondo il Tar Umbria, «nel caso in cui la portata conformativa della sentenza annullatoria demanda all'Autorità amministrativa il riesame della situazione incisa dall'illegittimo esercizio del potere, affinché la rivaluti nuovamente ed emani un nuovo atto emendato dai vizi originari, la pronuncia del giudice riguarda il riconoscimento del diritto “allo stato”, ma non può disporre per il futuro, statuendo l'insensibilità del riconoscimento della situazione giuridica soggettiva a qualsivoglia modifica, così precludendo la possibilità di modifiche normative; di conseguenza non si verifica l'elusione del giudicato amministrativo qualora la Pubblica amministrazione, in sede di riemanazione dell'atto, non attribuisca al ricorrente vittorioso l'utilità giuridica spettantegli a causa dello ius superveniens, che ha modificato l'assetto dei poteri amministrativi e le modalità d'accesso ad essa» (62).

Stando così le cose, è, allora, evidente, ad avviso del Collegio, l'infondatezza della pretesa risarcitoria, dal momento che il danno lamentato dalla ricorrente è dipeso anzitutto proprio dalla condotta da essa prescelta, erroneamente interpretando le statuizioni contenute nel giudicato.

Infatti, la disposizione di cui all'art. 1227 c.c. secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, è d'altronde pacificamente applicabile alle obbligazioni di carattere risarcitorio da lesione dell'interesse legittimo (63).

Così il Tar, ammettendo l'applicabilità dello ius superveniens alla controversia per i motivi suddetti, respingeva il ricorso della società e condannava la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore del Comune.

Seconda pronuncia che si segnala a riguardo è una decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (Cons. giust. amm. Sicilia, Sent., 4 aprile 2018, n. 188) la quale presenta alcune perplessità in quanto viene disatteso l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'operatività delle sopravvenienze trova un limite temporale nella data di notificazione della sentenza divenuta irrevocabile. Il punctum pruriens concerne i profili di pagamento di prestazioni periodiche. Nel caso di specie, l'Azienda sanitaria chiamata in giudizio aveva proceduto ai pagamenti periodici dei canoni di locazione passati, così come imposto dal precedente giudicato (sentenza n. 201/2013 del Tribunale civile di Catania). Tuttavia, nel calcolo del quantum, l'Azienda aveva tenuto in conto lo ius superveniens, vale a dire le disposizioni di legge in materia di spending review (in particolare l'art. 24 del D.L. n. 66 del 2014), che avevano imposto la riduzione dei canoni di locazione pagati dalle pubbliche amministrazioni nella misura del 15%. Occorre precisare come tale disciplina fosse entrata in vigore in un momento successivo alla sentenza del giudice civile che aveva imposto il pagamento dei canoni passati non saldati.

Nella decisione in commento, il Consiglio, in primis, richiama un orientamento precedente (ex multis, Cons. St., sez. IV, sentenza n. 1300 del 2017 (64) in base al quale la necessità che l'esecuzione del giudicato avvenga in base allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione degli atti caducati in sede giurisdizionale, non è assoluta ed inderogabile. Infatti, la giurisprudenza citata ha precisato che in sede di esecuzione del giudicato assumono rilievo le sopravvenienze normative o di fatto, a cui si attribuisce la capacità di limitare o escludere gli effetti ulteriori del giudicato, imponendo al giudice, in sede di esecuzione di questo, di integrare e talora addirittura di variare le statuizioni della decisione da eseguire (65). Perciò, secondo il Consiglio, al momento dell'ottemperanza alla decisione si deve indagare se il ripristino della posizione soggettiva (illegittimamente) sacrificata

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

risulti compatibile con lo stato di fatto e di diritto medio tempore prodottosi (ex multis Cons. St., sez. V, sentenza n. 5137 del 2007; Id., IV sentenza n. 3457 del 2013 (66) (67). Nella decisione in parola, il Collegio ritiene che l'esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione sia avvenuta correttamente, poiché il principio in base al quale il giudicato è insensibile alle sopravvenienze successive al passaggio in giudicato medesimo, incontra un limite nel caso di giudicato di condanna al pagamento di prestazioni periodiche, essendo suscettibili di modifica in caso di sopravvenienze fattuali o di diritto (68).

Così motivando, il giudice legittima l'operato della P.A., non rispettando il limite della notifica della sentenza.

5.Segue: intangibilità del giudicato e contrasto con il diritto comunitario.

Ultima pronuncia che si segnala a riguardo è una decisione della Adunanza Plenaria (Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11) relativa all'incidenza dello ius superveniens (decisione della Corte di Giustizia della Unione Europea) nella delimitazione del giudicato amministrativo (69). La decisione ha ad oggetto l'articolata vicenda processuale relativa alla **realizzazione della cittadella giudiziaria di Bari ad opera dell'impresa Pizzarotti & C. s.p.a.** L'iter processuale è stato molto articolato, infatti, consta di pronunce dell'Adunanza Plenaria, della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nonché della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (70).

Segnatamente, l'Adunanza Plenaria è stata chiamata a comporre il precario equilibrio tra giudicato e ius superveniens di matrice comunitaria. Nella **decisione in parola, il Consiglio di Stato ha statuito come le varie sentenze che si erano succedute nel tempo avessero riconosciuto all'impresa ricorrente la titolarità di un interesse strumentale e procedimentale alla conclusione del procedimento amministrativo** (procedura di gara indetta dal Comune per la ricerca del miglior competitor cui affidare l'opera di ricostruzione della cittadella giudiziaria di Bari), non già di un interesse finale alla realizzazione dell'opera. **Ciononostante, codesto interesse si era progressivamente rafforzato nel corso dei vari giudizi, con l'obbligo in capo all'amministrazione di concludere il procedimento in maniera « plausibilmente congrua »**, verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto e il sistema normativo-amministrativo. Se non che, nell'iter della vicenda de qua, l'interesse finale del ricorrente (ovvero la conclusione positiva del procedimento) si è posto in contrasto con una sopravvenienza di matrice comunitaria ovvero una sentenza della Corte di Giustizia (10 luglio 2014, C-213/13), la quale ha sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea (articolo 1, lettera a, direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993) della procedura di affidamento posta in essere dal Comune di Bari per la realizzazione dell'opera oggetto della vicenda processuale. Pertanto, l'interesse della impresa ricorrente era, così, venuto a contrastare con la disciplina europea come interpretata dalla Corte di Giustizia nel rinvio pregiudiziale.

Secondo l'Adunanza Plenaria, la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato ha determinato non un conflitto, ma una **successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica**. Nel caso di specie, pertanto, la **prevalenza della regola sopravvenuta (rispetto al tratto di rapporto non coperto dal giudicato) si impone in base ai comuni principi che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato e sopravvenienze**. **L'Adunanza Plenaria, ha, quindi, statuito che il giudice nazionale, anche in sede di ottemperanza, deve adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario, pena il superamento del limite esterno della giurisdizione e la ricorribilità in Cassazione della decisione abnorme**. In altre parole, l'esigenza di conformità all'ordinamento comunitario in base al principio di primauté del diritto UE rileva anche in sede di ottemperanza (71), poiché il giudice ha il dovere di interpretare la sentenza da eseguire **evitando di desumere da essa regole contrastanti con il diritto comunitario**. Infatti, il carattere dinamico e flessibile del giudicato amministrativo permette al

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

giudice dell'ottemperanza di specificarne la portata e i limiti, al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale (72).

Così il Massimo Consesso ha **ammesso l'applicabilità dello ius superveniens alla controversia de qua, dando prova del peso giuridico attribuito al principio del primato europeo nell'ordinamento italiano**. A ben vedere, nella citata decisione, non solo vi è una violazione dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento del privato, ma anche la violazione dell'intangibilità del giudicato nazionale (principio fondamentale dell'ordinamento italiano). Ma ciò non stupisce, poiché già in precedenza la Corte di Giustizia (73) aveva affermato che l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte UE (nell'esercizio della competenza attribuita dall'art. 234 CE) chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore. Infatti, una norma di diritto europeo così interpretata deve essere applicata anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza della Corte. A sostegno di quanto suddetto, in un'altra pronuncia (74), inoltre, la Corte di Giustizia ha precisato come il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano (volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata), nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Alla luce di quanto suddetto appare evidente come un'effettiva tutela del privato sia legata alla tempestività e correttezza nella esecuzione del decisum del giudice da parte della P.A. Infatti, il giudizio di ottemperanza non sempre evita che gli effetti negativi relativi alle sopravvenienze e al decorso del tempo ricadano sul ricorrente, privandolo dell'interesse positivo finale (75).

6. Riflessioni conclusive.

Conclusivamente a giudizio di chi scrive, appare necessario prediligere, in un momento di crisi, la tutela del giudicato senza il rischio del mancato conseguimento del bene della vita in capo alla parte vittoriosa a causa di una riedizione del potere da parte della P.A. Ciò contrasterebbe con i principi costituzionali sanciti all'art. 24 della Costituzione e con i principi comunitari contenuti nei Trattati.

Sovente si è posto il problema del contemperamento tra principio di intangibilità del giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. e le sopravvenienze fattuali-giuridiche, quantomeno nell'ottica dell'effettività della tutela del privato (76). Infatti, il termine « sopravvenienza », alla luce della citata giurisprudenza, è stato (e viene tutt'ora) utilizzato per mascherare elusioni e violazioni del giudicato a discapito del ricorrente vincitore. Invero, i Giudici Amministrativi, chiamati a comporre il suddetto precario equilibrio, non sempre sono riusciti ad arginare arbitrarietà da parte dell'amministrazione.

Infatti, la soluzione giurisprudenziale del limite temporale della notifica della sentenza, considerata da molti jus receptum (77) nel segno della ponderazione tra interesse del privato e interesse pubblico, è stato più volte disatteso dagli stessi giudici, ritenendolo insuscettibile di estensione generalizzata, come dimostrano le decisioni sopra analizzate (78). Infatti, si è parametrata la retroattività dell'esecuzione del giudicato alle circostanze concrete alla luce di presupposti successivi e diversi (79). Di conseguenza, parte della giurisprudenza ha alterato la finalità per la quale il giudizio di ottemperanza era stato creato: adattare la realtà materiale e giuridica ad un giudicato anteriore.

Come dicevano i latini, « non optimus, sed ditissimus vincit ».

Pertanto, è auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore per dirimere i contrasti suddetti e per garantire tutele al cittadino attraverso l'individuazione dei criteri di determinazione temporale delle sopravvenienze di fatto e di diritto. Solo così, infatti, verrebbero rispettati il principio di certezza del diritto e il principio di effettiva tutela del privato ex art. 24 della Costituzione. È proprio dall'efficacia del giudizio in parola che dipende la reale tutela del privato e, quindi, la corretta esecuzione della sentenza da parte della P.A.

Infatti, perché l'art. 24 della Costituzione sia applicato non basta semplicemente un sistema di tutela delle posizioni giuridiche, ma occorre anche che la P.A. non possa discostarsi in concreto dalle sentenze.

LEZIONE DEL 10 MAGGIO 2023

In altre parole, è necessario che l'azione amministrativa (per sua natura dinamica) sia completata secondo buona fede in un momento successivo alla decisione del giudice. In tale arco temporale è, dunque, essenziale che la P.A. nel riesercizio del potere si attenga al decisum giudiziale secondo correttezza e diligenza alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale (80) e di certezza del diritto

Alla luce di quanto sopra, appare evidente come il giudizio di ottemperanza (come interpretato dal legislatore) incarni la prosecuzione di quello impugnatorio, permettendo al giudice dell'ottemperanza di integrare il giudicato che è, pertanto, fattispecie a formazione progressiva (81). Proprio in forza dell'esercizio di tali poteri sarebbe possibile garantire un assetto giuridico e fattuale stabile tra privato e P.A., garantendo una tutela corrispondente al principio costituzionale di effettività (82).