

FRANCESCO ROTA

Professore associato di diritto amministrativo presso il dipartimento di Diritto, Economia,
Management e Metodi Quantitativi dell'Università degli Studi del Sannio, Benevento

franrota@unisannio.it

GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: GIUDICATO AMMINISTRATIVO A FORMAZIONE PROGRESSIVA?

JUDGMENT OF COMPLIANCE: AN ADMINISTRATIVE JUDGEMENT WITH PROGRESSIVE FORMATION?

SINTESI

Il lavoro indaga il ruolo e le peculiarità del giudizio di ottemperanza nell'attuale contesto ordinamentale, indagando sull'impatto della sua evoluzione nell'ambito del processo amministrativo per comprendere se è in che misura è possibile configurarlo come un giudicato a formazione progressiva.

ABSTRACT

The work investigates the role and peculiarities of the judgement of compliance in the current legal context, investigating the impact of its evolution within the administrative process in order to understand whether and to what extent it can be configured as a judgement with progressive formation.

PAROLE CHIAVE: Giudicato amministrativo – Ottemperanza – Formazione progressiva – Poteri del Giudice amministrativo – Esecuzione sentenza

KEYWORDS: Administrative law judge - Compliance - Progressive formation - Administrative law judge's powers - Execution of judgement

INDICE: 1. Una piccola ma doverosa premessa. 2. Il giudizio di ottemperanza nell'attuale contesto ordinamentale. Cenni. 3. Il giudicato e l'ottemperanza nella giurisprudenza. 4. Sopravvenienze e formazione progressiva del giudicato. 5. Persona e Amministrazione tra giudicato, amministrazione attiva e ottemperanza.

1. Una piccola ma doverosa premessa

L'evoluzione dell'amministrazione e della sua discrezionalità, il crescente rilievo della tecnica, l'evoluzione del processo amministrativo, con la sua aumentata efficacia all'insegna dell'effettività della tutela e le relative conseguenze

sull'ampiezza del merito, non sono prive di impatto sull'ultima fase dell'attività (non meramente esecutiva) del giudice amministrativo, quella che è chiamata ad assicurare la congiunzione tra decisione del giudice e attività dell'amministrazione, garantendo che la seconda si conformi alla prima¹.

Sembra che nel quadro descritto debba peraltro essere inserito a buon diritto anche il ruolo crescente che la buona amministrazione gioca nel nostro ordinamento e che contribuisce a chiedere oggi che l'amministrazione dia risposte sempre più pronte ed opportune anche in relazione all'attività da compiere all'esito del processo².

Con la progressiva transizione dell'attenzione del giudice dall'atto al rapporto e con la moltiplicazione di situazioni in cui il solo annullamento non è

1 Sul giudicato, ex multis, F. Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Giuffrè, 1969, Vol. XVIII, p. 893 ss.; F. Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 302 ss.; A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 919 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005, p. 1 ss.; P. M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Giuffrè, 1990, p. 1 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, 1989, p. 145, secondo cui il giudicato incide, oltre che sull'atto, sulla fattispecie del potere; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.; S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, 2016, p. 1 ss. Sulla pregnanza acquisita dal sindacato del giudice amministrativo si rinvia al numero monografico di questa rivista, dedicato al tema della full jurisdiction. Per quanto concerne il tema della discrezionalità tecnica, tra i contributi meno risalenti, si vedano F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Giuffrè, 2005 e A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, 2007 e Id., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2021, p. 335 che, individua il limite del potere del giudice in presenza di potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, affermando che quando «la sentenza non riesce ad assicurare direttamente il bene finale (...)l'amministrazione che deve riesercitare il proprio potere senza incorrere nei precedenti vizi già censurati» e lasciando però allo stesso tempo emergere il disagio del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione non rispetti, nel dare esecuzione alla sentenza che censura un eccesso di potere per sviamento, l'obbligo di rispettare i principi di buona amministrazione. Questo disagio sarebbe alla base del tentativo di affermare l'effetto conformativo della sentenza attraverso l'esaurimento della discrezionalità amministrativa in presenza di una "frattura del rapporto di fiducia fra amministrazione e cittadino" o attraverso "esperimenti giurisprudenziali" come il c.d. one-shot temperato. Sull'ampiezza e la configurabilità del merito amministrativo s veda B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013.

2 Fra i contributi più recenti che si sono occupati di buona amministrazione si veda D. U. Galletta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.2, 2019, p. 165. Si veda anche L. R. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.3-4, 2010, p. 789.

satisfattivo cresce il rilievo dell'attività di conformazione al giudicato³ e l'importanza prospettica della decisione del giudice come regola per il rapporto futuro⁴. Inevitabilmente il peso di questa evoluzione ricade sulla portata del giudicato amministrativo e sul giudizio di ottemperanza⁵.

Peraltro il giudicato amministrativo si è sempre atteggiato in modo diverso a seconda che la situazione giuridica fatta valere in giudizio sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo⁶: nel primo caso i limiti oggettivi, soggettivi e cronologici del giudicato seguono i principi civilistici mentre nel secondo caso, in passato, poiché si riteneva che la sentenza di annullamento non avesse contenuto di accertamento, non si riteneva applicabile l'art. 2909 c.c. mentre ora, dopo che il CPA ha accentuato il carattere di accertamento delle sentenze del GA, si ritiene che il giudicato sostanziale sia possibile anche nel giudicato amministrativo, seppur con la limitazione che non trova applicazione nei con-

3 Il rilievo del tema emerge con forza se si considera che la sentenza del giudice amministrativo pronunciata sul ricorso di impugnazione di un provvedimento, potrebbe non dettare la compiuta disciplina del rapporto tra le parti e sarebbe secondo alcune letture insuscettibile per questo di giudicato sostanziale. Dirimenti sul punto sembrano le considerazioni di C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, p. 618-620, che sostiene l'inesistenza di argomenti a favore della tesi che per la formazione del giudicato sostanziale sia necessaria la definizione compiuta del rapporto tra le parti. Secondo l'A. infatti non sarebbe essenziale l'attribuzione dell'utilità materiale finale cui la situazione si correla e il giudice si pronuncia nei limiti della domanda giudiziale e senza potersi pronunciare sui poteri non ancora esercitati.

4 C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2022, p. 282, sottolinea che «in molti casi, allorché i contorni dell'attività amministrativa non sono così precisi, laddove il potere discrezionale esiste ed occorre rispettare delle regole non scritte per il suo corretto esercizio, spesso succede che, allorché vengano dedotte censure di eccesso di potere, il giudice amministrativo spinga la propria riflessione, nella motivazione, fino ad individuare quali saranno i successivi adempimenti che l'amministrazione dovrà porre in essere. In questo caso, nella ricostruzione del quadro normativo e nella lettura della realtà di fatto il giudice non si limita ad individuare quali sono stati gli errori che l'amministrazione ha commesso ma traccia anche il percorso che l'amministrazione dovrebbe compiere. Di per sé, questo modo di comportarsi non può essere criticato, fin tanto che, ovviamente, il giudice rimanga all'interno della tematica che le parti gli hanno sottoposto con i motivi di ricorso e con gli argomenti difensivi. Ed infatti, il giudice amministrativo deve, da un lato, esaminare tutti i motivi di ricorso, dall'altro garantire la tutela più completa: e ciò può fare soltanto se esaurisce compiutamente l'episodio di vita amministrativa sottoposto al suo esame».

5Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza*, *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna*, Giuffrè, 1983, 199 ss.

6 Sulle peculiarità dell'esecuzione 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, p. 188 ss.

fronti dell'amministrazione la preclusione del dedotto e deducibile, che opera invece nei confronti del ricorrente, poiché l'accertamento non si estende all'intero rapporto giuridico⁷.

Con il codice del processo amministrativo è venuta meno inoltre la differenza di poteri istruttori che oggi consentono anche al giudice di legittimità un sindacato molto penetrante, con la possibilità di impiego di strumenti come i motivi aggiunti, la tutela cautelare ante causam, la possibilità di sostituirsi alla P.A. per emettere il provvedimento richiesto con l'azione di esatto adempimento, o di nominare un commissario ad acta già nella fase di merito e dunque sembrano venuti meno i presupposti che avevano spinto la giurisprudenza ad elaborare la figura del giudicato a formazione progressiva e, in assenza di un'espressa previsione normativa che lo preveda, il potere di integrazione del giudicato del giudice potrebbe essere ridotto, se non escluso, anche alla luce del fatto che la giurisdizione di merito si è confermata giurisdizione eccezionale e aggiuntiva⁸.

7 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, 2021, p. 278 ss. Si veda anche Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013 n. 2, che, trattando la questione dell'annoverabilità nel giudizio amministrativo del deducibile, oltre che del "dedotto", sostiene l'esistenza di un vincolo per l'amministrazione, rappresentato dall'accertamento del fatto compiuto dal giudice amministrativo ed afferma che, qualora non siano i fatti ad essere posti in discussione, ma la loro valutazione, l'amministrazione dovrà comunque soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso, evitando atteggiamenti elusivi. Anche in seguito alla pronuncia del giudice può residuare in capo all'amministrazione uno spazio di esercizio del proprio potere che deve però essere esercitato senza frustrare il soddisfacimento della pretesa del ricorrente vittorioso e dunque nell'ambito di un obbligo di cooperazione che discenderebbe direttamente dal combinato disposto degli artt. 112 co. 1 c.p.a., che impone alla P.A. di dare esecuzione alle sentenze non auto esecutive, e 97 Cost.; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 534 ss., afferma che «Pur ammesso, infatti, che il Codice abbia configurato un giudizio sul rapporto, permane una distinzione quanto al successivo potere conformativo, tanto che recentemente si è giunti a distinguere tra giudizio sul rapporto in senso statico o dinamico secondo se l'atto successivo al giudicato abbia natura vincolata o discrezionale, con la conseguenza che, nel primo caso, si avrebbe esatto adempimento e preclusione del dedotto e del deducibile, nel secondo si tratterebbe di una mera condanna ad adempiere, che offre solo una chance al ricorrente vittorioso. E questa dicotomia non è l'unica, in quanto sussistono ulteriori coppie di opposti che rendono difficile l'individuazione dei limiti del potere conformativo: l'alternativa tra differenti tipi di giurisdizione del giudice amministrativo; le diverse tipologie di situazioni giuridiche tutelate, divise tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e questi ultimi distinti tra oppositivi e pretensivi; il tipo ed il grado di discrezionalità amministrativa esercitabile dall'amministrazione nel rapporto oggetto di giurisdizione».

8 Secondo la dottrina tradizionale essa «si aggiunge e non si sostituisce a quella di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità precedere quello di merito». Così, A. Police, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. Scocca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2020, p. 112, secondo il quale «questo carattere

I più ampi poteri decisori del giudice amministrativo nel giudizio esteso al merito e in particolare la possibilità non solo di annullare ma anche di riformare l'atto hanno interessato la dottrina che ha elaborato ricostruzioni i cui estremi sono l'individuazione delle peculiarità della giurisdizione in parola nella piena cognizione dei fatti piuttosto che nella possibilità di compiere valutazioni di opportunità amministrativa⁹.

2. Il giudizio di ottemperanza nell'attuale contesto ordinamentale. Cenni

Anche il giudizio di ottemperanza, strumento di effettività della tutela richiesta dalla Costituzione e del diritto europeo¹⁰, si è evoluto ed è concettualmente lontano il tempo in cui era strumento utile solo al recepimento del dictum del giudice ordinario da parte dell'amministrazione e si è arrivati a sentire addirittura l'opportunità di un'ottemperanza dei chiarimenti¹¹.

Sembra però opportuno ricordare anche che «*nel sistema tradizionale (...) il giudizio di ottemperanza non nasce per garantire l'esecuzione forzata di sentenze di condanna, ma come strumento volto a garantire l'effettività della tutela costitutiva di annullamento erogata in fase di accertamento dal giudice amministrativo*»¹² e «*può consistere vuoi nell'attuazione di statuizioni puntuali contenute nel giudicato, rispetto alle quali occorre una semplice attività materiale o giuridica esattamente delineata nel giudicato stesso; vuoi nella in-*

sembrevrebbe confermato anche dall'art. 7, comma 6 c.p.a. che (...) parla di giurisdizione estesa al merito».

9 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 114, individua tre tesi di fondo: giurisdizione di merito come giurisdizione piena in contrapposizione al sindacato un tempo indiretto del giudizio di legittimità; giurisdizione di merito come potere di valutare anche l'equità, l'opportunità e la convenienza economica e amministrativa dell'atto; giurisdizione di merito come giudizio in cui il giudice deve comunque decidere in base a parametri giuridici. L'Autore tiene però distinta l'ipotesi del giudizio di ottemperanza del quale dice che «*sembra difficile negare che il giudice possa operare anche una valutazione e ponderazione di interessi*».

10 S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2004; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, 2002.

11 F. Volpe, *L'ottemperanza "di chiarimento". Un istituto inutile o dannoso?*, in *www.lexitalia.it*, 2010; M. Antonioli, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.4, 2011, p. 1291; D. Palazzo, *La c.d. ottemperanza di chiarimenti nel processo amministrativo*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto amministrativo*, Roma, 2020, p. 189; M. R. Calderaro, *Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004)*, in *Giustizia insieme*, 2020.

12 F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.

dividuaZIONE, al termine di un'autonoma fase di cognizione in cui il giudice è chiamato a definire un assetto di interessi, di quale sia il portato del giudicato, con una pronunzia che può avere un contenuto caducatorio, e perciò costitutivo, oppure conformativo, e perciò condannatorio»¹³.

E' stato opportunamente osservato che il giudizio di ottemperanza rappresenta un caso a sé stante anche fra le ipotesi di giurisdizione in merito perché in questo caso «i particolari poteri del giudice amministrativo non sono giustificati per il fatto di rientrare in un'ipotesi di giurisdizione anche in merito ma per il fatto che si tratta di garantire l'attuazione del comando del giudice»¹⁴ e sono le esigenze di tutela a rendere il giudizio di ottemperanza «una scelta quasi obbligata atteso che il giudizio di ottemperanza è volto a superare l'inadempimento dell'amministrazione e a porre in essere le attività materiali e provvedimenti necessarie per dare corretta esecuzione alla sentenza emessa all'esito del processo di cognizione»¹⁵

La problematicità dell'individuazione della natura del giudizio di ottemperanza deriva dalla specialità del diritto amministrativo e dal rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione¹⁶. Su di essa peraltro incidono le incertezze che interessano il giudicato amministrativo e la possibile compresenza di elementi di cognizione e di esecuzione, cosicché si oscilla da letture che ravvisano nell'ottemperanza un giudizio di cognizione¹⁷, ad altre che lo considerano un giudizio misto di cognizione ed esecuzione ad altre che lo inquadrano come giudizio di esecuzione ed eventualmente di cognizione¹⁸. Le tesi prevalenti sem-

13 Così C.E. Gallo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Encicl. giur.*, Giuffrè, 2008, Annali, II, pp. 818 ss.

14 C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 62.

15 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 114.

16 S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, p. 296 ss.

17 Sembrano optare per questa tesi, A. M. Sandulli, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della costituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1983, p. 314, sulla base della considerazione che la sentenza del giudice amministrativo non contiene obblighi precisi e che dunque il giudizio di ottemperanza serve anche ad individuare quegli aspetti non esattamente definiti nella sentenza; S. Santoro, *L'esecuzione del giudicato ed il problema del risarcimento del danno*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, p. 462, in considerazione della necessità di assicurare piena soddisfazione al ricorrente, anche adottando misure non puntualmente indicate nella decisione da seguire.

18 In questo senso, M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 1157, considera il giudizio di ottemperanza un misto di cognizione ed ese-

brano essere quelle che optano per una sua natura prevalentemente esecutiva, anche se riconoscono che non mancano una serie di aspetti peculiari dell'ottemperanza rispetto al giudizio di esecuzione del processo civile in virtù della sua funzione che resta sostanzialmente attuativa del giudicato ed ha dunque analoga funzione dell'esecuzione civile¹⁹. Benché l'evoluzione dell'ottemperanza abbia visto rafforzarsi i poteri cognitori del giudice e conseguentemente la natura mista del giudizio, è stato affermato in dottrina che questo non significa «necessariamente che esso rappresenti la prosecuzione del giudizio di cognizione»²⁰.

L'ontologica incompletezza strutturale del giudicato amministrativo che richiede l'intervento dell'amministrazione per l'applicazione della sentenza, necessita che l'intangibilità del giudicato si misuri «con il principio di continuità e tendenziale inesauribilità del potere esecutivo»²¹.

Quanti reputano che l'ottemperanza integri un caso di giudicato a formazione progressiva considerano sempre presente la natura mista del giudizio di ottemperanza; il giudizio di ottemperanza, seppur nella sua consequenzialità al giudicato, non sarebbe dunque mai un giudizio esclusivamente esecutivo o cognitivo²².

cuzione, poiché esso non può essere sempre attratto nell'area dell'attività esecutiva e in alcuni casi deve individuare la concreta volontà della legge; S. Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990, 44, esclude una classificazione netta della natura giuridica dell'ottemperanza in termini di esecuzione piuttosto che di cognizione per salvaguardarne le prerogative. Per la giurisprudenza si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013 n. 2, che sostiene l'attuale "polisemicità" del giudizio di ottemperanza in cui convergono azioni diverse, alcune chiaramente esecutive, ex art 112 co. 2 c.p.a., ed altre di natura cognitoria, ex art 114 co. 4 c.p.a., accomunate dalla presenza di una sentenza passata in giudicato che rappresenta l'origine delle differenti azioni necessarie per la sua esecuzione attraverso l'ottemperanza.

19 R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1971, p. 106 ss.; G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 650 ss.; B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Giuffrè, 1997, p. 18 ss.

20 N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4, 2016, pp. 1169 ss.

21 Così, C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, in *Foro Amm.*, fasc. 11, 2018, p. 2109 ss.

22 C. Calabrò, *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, 1983, p. 159 ss.

E' stato però correttamente ricordato che elementi, benché minimi, di cognizione sono presenti in ogni processo di esecuzione e ciò rende necessario distinguere tra “cognizione ordinaria” e “cognizione per l'esecuzione”²³.

In realtà nel giudizio di ottemperanza, seppur in casi limitati, possono essere anche dedotte posizioni nuove ed esperite azioni di cognizione come il pagamento di somme e la rivalutazione di interessi maturati dopo il giudicato o il risarcimento danni per la mancata ottemperanza della sentenza ma sono sempre azioni «*ancillari al giudicato*»²⁴.

Nonostante gli interventi del legislatore, è evidente il ruolo che la giurisprudenza gioca nel processo menzionato e il quadro che ne deriva è inevitabilmente alla ricerca di assestamenti nel sistema multilivello, anche alla luce delle spinte sovranazionali verso tutele, compatibili con l'impostazione dei singoli e diversi sistemi nazionali, ma adeguate nella prospettiva della soddisfazione della persona, con la richiesta che la tutela processuale possa essere una tutela efficace nella realtà materiale.

In definitiva si potrebbe dire che si è evoluta l'amministrazione, si è evoluto il giudizio amministrativo, si è chiarita la natura delle sentenze del Giudice Amministrativo e si è evoluto lo strumento dell'ottemperanza.

Si è cercato rapidamente di tratteggiare alcune direttrici che costituiscono lo sfondo entro il quale la relazione tra decisione del giudice, per definizione strutturalmente incompleta, ed intangibilità del giudicato, da un lato, e continuità ed inesauribilità del potere dell'amministrazione, dall'altro lato, hanno portato a cercare possibili tutele nella progressiva formazione del giudicato amministrativo²⁵. E si è iniziato ad affermare che il giudice dell'ottemperanza può con-

23 In questo senso F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit., pp. 534 ss., secondo il quale «*nell'ambito della cognizione strictu sensu si possono proporre le ordinarie questioni di natura generale quali la legittimazione, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la tipologia delle azioni, i tipi di prova ammissibili. Invece, l'oggetto della cognizione per l'esecuzione è, oltre la legittimazione, solo la verifica dell'effettiva attuazione di quanto previsto nella sentenza, con più limitati poteri del giudice in ordine all'accertamento dell'inadempimento o dell'elusione*».

24 Così M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 296.

25 G. Pepe, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2017, p. 231 ss.; L. Carbonara, *Il giudicato a formazione progressiva e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia*,

tribuire al contenuto del giudicato specificandolo o integrandolo quando ciò si renda necessario e nel rispetto del *decisum*²⁶, dando vita a quel complesso di potere di cognizione e di esecuzione che costituisce il possibile contenuto dell'ottemperanza e che ha stimolato il dibattito in dottrina²⁷.

Il giudice amministrativo²⁸ ha così affermato la polisemicità del giudizio e dell'azione di ottemperanza, nel senso che al suo interno sono configurabili sia azioni meramente esecutive sia azioni cognitive originando la tesi del giudicato a formazione progressiva, per la quale il giudizio di ottemperanza sarebbe una continuazione del giudizio di cognizione.

In realtà la prima difficoltà è individuare i confini del giudicato e la natura dell'ottemperanza, per la possibile presenza sia di momenti di cognizione che di esecuzione. In questo modo il problema diventa il confine tra giudizio ordinario di legittimità e ottemperanza e inevitabilmente si è portati ad interrogarsi sulla portata del giudicato ed a chiedersi in che misura quanto statuito dal giudice dell'ottemperanza sia immediatamente riconducibile al giudizio di legittimità e quanto sia invece frutto di una nuova valutazione del giudice²⁹. La dottrina ha sottolineato nel tempo l'ampiezza dei poteri del giudice dell'ottemperanza e le sue particolarità anche rispetto alle altre ipotesi di giurisdizione di merito, che, insieme alle finalità dell'ottemperanza, fanno comprendere la peculiarità dell'ottemperanza e spiegano anche le ragioni del suo scostamento da alcuni principi generali³⁰.

in *Il Giornale di Dir. Amm.*, 2017, fasc. 3, p. 372 ss.; C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109. Per la giurisprudenza si veda in particolare Cons. Stato, Ad. Plen. 6 aprile 2017, n. 1; Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8064.

26 Cons. St., sez. V, 21 novembre 2017, n. 5391; Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2015 n. 5589.

27 Per una ricostruzione esaustiva delle principali tesi espresse si rinvia a C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005.

28 Sul punto è intervenuta già nel 2013 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, più di recente, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, con la statuizione n. 623 del 28 giugno 2021.

29 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Mulino, 2021, 294

30 A. Travi, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2021, 197

Nel giudizio di ottemperanza, il giudice per ottenere l'integrale esecuzione del giudicato si può sostituire all'amministrazione anche quando residuino in capo ad essa poteri propriamente discrezionali e la sua attività è perfettamente fungibile con quella dell'amministrazione³¹. La sostituzione del giudice all'amministrazione è fondata sull'interpretazione del giudicato, che consente di individuare il comportamento che l'amministrazione avrebbe dovuto tenere, oltre che sull'accertamento del comportamento dell'amministrazione e sulla valutazione della conformità del comportamento dell'amministrazione a quello che avrebbe dovuto tenere³².

Proprio per queste particolarità la giurisprudenza ha cercato di costruire una rete di cautele attorno all'ottemperanza e, ad esempio, quando il giudice dell'ottemperanza esercita i propri poteri in ottemperanza di una sentenza non ancora passata in giudicato, pur se i suoi poteri non mutano, dovrebbe evitare di determinare assetti definiti ed immutabili per non frustrare gli effetti di un eventuale appello alla sentenza³³.

La logica è quella di implementare l'effettività della tutela giurisdizionale a fronte di un precedente sindacato favorevole cui non è stata data spontanea esecuzione e che non ha dunque prodotto significativi risultati sul fronte delle tutele concrete per il ricorrente vittorioso³⁴.

31 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2000, n. 6835.

32 In questo senso Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza n. 6494 del 2015. S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, cit., p. 296 ss. sostiene che «*la teorizzazione del giudicato a formazione progressiva trascuri di prendere atto del fatto che (...) 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 decum, 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*».

33 Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5352.

34 Che sono riconosciuti anche da quanti non condividono l'idea che il giudice dell'ottemperanza possa contribuire alla formazione del giudicato alla luce di una teoria pura. Si veda ad es. S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.2, 2018, p. 783.

Il rischio paventato in dottrina è che l'«*interpretazione evolutiva del giudicato (...) non potrà godere della immodificabilità e intangibilità del giudicato inteso come esito della lite e risultato del giudizio di cognizione*»³⁵.

Così ci si chiede se non possa esserci dietro l'idea di un giudicato a formazione progressiva un fraintendimento legato all'idea che l'ottemperanza sia un giudizio di merito e non un giudizio esteso al merito e si tenta di difendere i confini tra giudizio e ottemperanza, ragionando dei diversi poteri dei due giudici, e si sottolinea che quanto statuito nell'ottemperanza, proprio perché interpretazione di un giudicato, trova nella decisione del giudice di legittimità o del GO il suo parametro di legittimità, non potendo discostarsi dalla interpretazione della decisione e questi elementi vengono utilizzati per cercare di distinguere il carattere della decisione del giudice dell'ottemperanza da quello del giudicato.

3. Il giudicato e l'ottemperanza nella giurisprudenza

L'idea di un giudicato a formazione progressiva nasce dalla menzionata sussistenza di un insieme di elementi di cognizione e di esecuzione nel giudizio di ottemperanza che costituirebbe la base per l'arricchimento, l'integrazione e la specificazione del giudicato amministrativo originario, con dei contenuti che non sarebbero meramente esecutivi ma attuativi della sentenza, contribuendo ad arricchire un sindacato che si formerebbe appunto progressivamente, anche nel giudizio di ottemperanza, senza doversi fermare a quanto statuito nel giudizio di cognizione. Il giudicato amministrativo sarebbe caratterizzato da una flessibilità e da una formazione progressiva che, consentendo al giudizio di ottemperanza, in presenza di determinati presupposti, di superare il giudicato, lo allontanerebbero dal giudicato civilistico disciplinato dall'art. 324 c.p.c.³⁶.

Per inquadrare correttamente il tema sembra opportuno chiarire cosa significa che il giudicato in sede di ottemperanza può essere arricchito e integra-

³⁵ S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 11

³⁶ Pertanto, ad esempio, mentre solitamente, dopo la notifica, le sopravvenienze non sono rilevanti, in virtù del principio della primazia del diritto comunitario, secondo la tesi del giudicato a formazione progressiva, si potrebbe superare tale limite e influire sul giudicato già intervenuto, in modo da renderlo comunitariamente compatibile.

to di contenuto, occorre chiedersi se questa possibilità di arricchimento e di integrazione del giudicato può giungere a sopperire ad eventuali lacune derivanti dal processo da cui origina e bisogna comprendere se quando si parla di formazione del giudicato che continua anche dopo il giudizio principale, completandosi nella fase successiva dell'ottemperanza, per quanto non stabilito dal giudice di cognizione si apre ad una incertezza indefinita del giudicato³⁷.

Uno dei possibili timori connessi all'ammissione di un giudicato a formazione progressiva è che un giudizio con cognizione estesa al merito sia utilizzato per rimediare ad errori o mancanze del giudizio di primo grado o possa sostituirsi ad esso. Il problema diventa allora comprendere quanto possa essere ampio il margine interpretativo del giudice per capire l'ampiezza della formazione progressiva del giudicato.

Per comprendere il rapporto tra giudicato e ottemperanza e per comprendere se siffatti timori sono fondati si è pensato di guardare al modo in cui la giurisprudenza recente ricostruisce rapporto tra il giudicato e l'ottemperanza.

Si scopre così che il giudicato rappresenta il presupposto dei limiti di utilizzabilità del giudizio di ottemperanza. Il giudizio di ottemperanza non può dunque essere utilizzato per colmare lacune difensive del giudizio di cognizione e, ogniqualvolta il giudicato si limiti ad introdurre un vincolo per la successiva attività discrezionale dell'amministrazione, gli atti da questa emanati, anche quando si discostano dai criteri indicati dal giudice nella sentenza, sono semplicemente soggetti all'ordinario regime di impugnazione³⁸. Allo stesso modo nel giudizio di ottemperanza non possono essere proposte domande che non riguardino il decisum della sentenza da eseguire³⁹ e il giudizio di ottemperanza non può riconoscere posizioni nuove e ulteriori rispetto a quelle fatte valere e tutelate dalla sentenza da ottemperare, anche se siano collegate ad esse⁴⁰. Ecce-

37 F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2018, p. 534.

38 Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 428.

39 Consiglio di Stato, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 40.

40 Consiglio di Stato, sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3122.

zione a quanto affermato è la considerazione da parte del giudice dell'ottemperanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto successive alla pronuncia di cui si chiede l'ottemperanza⁴¹.

Affinché possa entrare in gioco il giudizio di ottemperanza è, come noto, necessaria la necessità di una verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo conformativo che la decisione pone in capo all'amministrazione. Secondo costante giurisprudenza⁴², l'oggetto dell'ottemperanza consiste proprio nella puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione. Compete, allora, di norma, al giudice dell'ottemperanza interpretare e, eventualmente, completare ed integrare il vincolo in executivis all'azione amministrativa⁴³. Questa attività può essere svolta anche a mezzo dei "chiarimenti" che può essere chiamato a rendere, su impulso di parte, in ordine alle relative "modalità", ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a.⁴⁴

Nell'ottemperanza il giudice, esercitando la propria giurisdizione con cognizione estesa al merito, diviene il giudice naturale sia dell'adeguamento dell'attività amministrativa che segue una sentenza, sia delle obbligazioni che hanno il proprio presupposto da quel giudicato⁴⁵.

Coerentemente con questa prospettiva il Consiglio di Stato ha affermato che la sentenza amministrativa costituisce titolo per l'azione esecutiva e non per la prosecuzione del giudizio di cognizione, che essa asseconi in ogni fase

41 Consiglio di Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3468. Si veda anche C. Matteucci, *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato a formazione progressiva*, cit., p. 2109; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3, 2017, p. 227 ss.

42 Ex multis si vedano Consiglio di Stato sez. V, 03/06/2021, n. 4223; 12 marzo 2020, n. 1769.

43 C. Filicetti, *Sui limiti e poteri del giudice dell'ottemperanza in ordine al giudicato civile di condanna (nota a Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, 28 giugno 2021, n. 623)*, in *Giustizia insieme*, 2021.

44 M. Ricciardo Calderaro, *Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004)*, in *Giustizia insieme*, 2020.

45 C. Matteucci, *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

l'ordinaria attitudine dinamica dell'attività amministrativa - sicché il giudizio di cui agli artt. 112 ss. c.p.a. è volto a tradurre in atto le statuizioni già contenute, ancorché implicitamente o prospetticamente, nella sentenza definitiva, senza poter, tuttavia, incidere sui "tratti liberi" dell'azione amministrativa, lasciati impregiudicati dal giudicato; ne discende che le regole fissate, a fini di prospettiva conformazione, in sede di cognizione, quand'anche aventi carattere elastico, condizionato o incompleto, possono essere integrate nel giudizio di ottemperanza nella logica di un giudicato c.d. a formazione progressiva, che fa del relativo giudizio un peculiare misto di attività cognitoria ed esecutiva. Questa possibilità di integrazione è però possibile solo allorché il loro ulteriore svolgimento sia comunque già desumibile, nei suoi tratti essenziali, dalla sentenza da portare ad esecuzione, poiché è solo entro questi limiti che si può avere una sorta di "cognizione esecutiva"⁴⁶.

In questa direzione sembra muovere anche quella giurisprudenza che afferma la preclusione per il giudice dell'ottemperanza di integrare la decisione o risolvere questioni non espressamente affrontate dal giudice, specie se si tratti di eseguire il giudicato di organo appartenente ad altra giurisdizione⁴⁷.

I limiti che incontra il giudice dell'ottemperanza diventano ovviamente più stringenti quando interviene per dare esecuzione al giudicato civile. In questo caso la sua funzione è meramente attuativa della concreta statuizione giudiziale adottata dal giudice civile e non può alterare il suo precetto, limitandone (o ampliandone) la portata effettuale in violazione dell'art. 2909 c.c. Nel processo amministrativo, infatti, in sede di giudizio di ottemperanza, il giudice adito non ha la possibilità di arricchire, integrare o specificare il giudicato con una formazione progressiva dello stesso laddove le decisioni da ottemperare sono state rese da un plesso giurisdizionale diverso da quello amministrativo⁴⁸.

46 Consiglio di Stato sez. V, 8 luglio 2021, n. 5196, annullando TAR Campania, Napoli, sez. VI, n. 4592 del 2013.

47 T.A.R. Pescara, (Abruzzo) sez. I, 03/12/2021, n. 500.

48 Cons. St., ad. plen., 17 gennaio 1997 n. 1; Cons. St., sez. V, 16 novembre 2010 n. 8064; Cons. St., sez. IV, 04/05/2018, n. 2668 e, più di recente, T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. III, 10 aprile 2020, n.339.

Il giudice dell'ottemperanza ha dunque poteri diversi a seconda del tipo di decisione che è chiamato ad ottemperare e il riparto delle giurisdizioni diventa confine invalicabile anche per la configurabilità di un giudicato a formazione progressiva che interessa dunque solo l'ottemperanza di decisioni del giudice amministrativo.

Anche in questo caso però il giudice dell'ottemperanza è dunque un interprete della decisione e del giudicato ed è grazie a questa attività di interpretazione che può enucleare, precisare ed integrare il contenuto della prescrizione che emerge dalla sentenza, risolvendo gli eventuali problemi interpretativi rientranti nella sua giurisdizione⁴⁹.

Benché la giurisprudenza amministrativa spesso parli di integrazione della sentenza impugnata da parte del giudice dell'ottemperanza con determinazioni che non ne costituiscono una mera esecuzione, ma un'attuazione in senso stretto, dando luogo al giudicato a formazione progressiva⁵⁰, quando si cerca di cogliere la portata di questa "attuazione" la sensazione che si ricava è che si debba escludere l'idea che essa stia ad indicare la possibilità di una nuova decisione e lascerebbe intendere che il giudizio di ottemperanza si muova quasi senza innovare sulla falsariga della decisione resa dal giudice⁵¹.

Certamente il problema sussiste, tanto che il Consiglio di Stato⁵² ha avuto dovuto chiarire che il divieto del ne bis in idem è estensibile anche all'azione di ottemperanza, proprio perché essa non è inquadrabile nello schema della mera azione esecutiva di sentenze o di altri provvedimenti equiparabili, ma presenta

49 Cons. di Stato, Sez. V, 30 marzo 2001, n. 2609; sez. V, 10 maggio 2012, n. 2698.

50 Cons. St., sez. IV, 24 ottobre 2016, n. 4421.

51 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss., afferma che «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)».

52 Consiglio di Stato sez. V, 02/11/2021, n.7322, in *Il Foro Amministrativo*, 2021, 11, 1723, confermando Tar Calabria, Reggio Calabria, n. 211 del 2020. Cfr. Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1558.

profili di carattere cognitorio che arricchiscono il contenuto della domanda; la legge conferisce al giudice dell'ottemperanza ampi poteri che gli consentono di integrare l'originario disposto della sentenza impugnata, con determinazioni che non ne costituiscono una mera esecuzione. Conseguentemente, qualora ci fosse una corrispondenza tra la sentenza di merito e quella di ottemperanza, si potrebbe plausibilmente ravvisare un bis in idem nella riproposizione di un secondo ricorso per l'ottemperanza, traducendosi il divieto di giudicare due volte sulla medesima regudicanda nell'onere per il ricorrente di dedurre in giudizio il dedotto ed il deducibile⁵³.

Allo stesso modo il Consiglio di Stato⁵⁴ ha affermato 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»* e 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 costituiscono 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'esplicito apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti am-*

53 La giurisprudenza, intervenendo sul rapporto tra nomina ed insediamento del Commissario ad acta e potere di provvedere dell'amministrazione, ritiene che quest'ultima non perda il proprio potere di provvedere dopo la nomina e l'insediamento del Commissario ad acta e che si configuri, infatti, una situazione di concorrenza nell'esercizio del potere - dovere di dare attuazione alla pronuncia del Giudice da parte dell'Amministrazione, che ne è titolare ex lege, e da parte del Commissario, che, per ordine del Giudice, deve provvedere in sua vece, nella veste di ausiliario e non di organo straordinario dell'Amministrazione.

Da ultimo T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 02/02/2022, n.1221. Si veda anche Cons. St., ad. plen., 25 maggio 2021 n. 8.

54 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1 del 2017.

ministrativi necessari per la sua corretta esecuzione»⁵⁵. La funzione precipua dell'ottemperanza, anche in presenza di elementi di cognizione, non è quella di introdurre un nuovo grado di giudizio ma resta quella di evitare le elusioni del giudicato da parte delle amministrazioni che lo avrebbero dovuto rispettare ed è dunque legato al principio di lealtà processuale delle parti⁵⁶.

Il margine entro cui può avvenire la formazione progressiva del giudicato resta dunque quello del giudicato formatosi sulla sentenza frutto del giudizio di cognizione, con una significativa limitazione della possibilità di progressività nella formazione del giudicato.

4. Sopravvenienze e formazione progressiva del giudicato

L'idea di un giudicato amministrativo a formazione progressiva diventa più forte in presenza di eventi di fatto o di diritto successivi all'emanazione della decisione ed indipendenti dalla volontà dell'obbligato che possono incidere sull'efficacia della decisione stessa, contrastando con la pronuncia del giudice e incidendo sui poteri esercitabili dal giudice dell'ottemperanza. La disciplina delle cosiddette sopravvenienze spinge ad interrogarsi sui tratti che distinguono l'ottemperanza dalla mera esecuzione del decisum e a chiedersi in che misura esse possono incidere sulla intangibilità del giudicato, limitandola o facendola venire meno.

A sollevare problemi più che le sopravvenienze di fatto che *«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»*, sembrano essere le sopravvenienze di diritto⁵⁷, cambiamenti della normativa che intervengono dopo la pronuncia del giudice *«e si frappongono fra il giudicato e il bene della vita, facendo venire*

55 Cfr. S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 332, che sottolinea che *«la dimensione oggettiva del giudicato fornisce la misura della capacità della sentenza di interessare la realtà giuridica e fenomenica esterna al processo»*

56 M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Giuffrè, 2013.

57 Per la considerazione nell'ambito delle sopravvenienze di diritto del rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario sopravvenuto si veda, N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, cit., pp. 1169 ss.

meno (a determinate condizioni) l'obbligo della P.A. di ottemperare»⁵⁸. La giurisprudenza chiarisce che le sopravvenienze giuridiche non possono corrispondere ad un provvedimento amministrativo⁵⁹ e la dottrina, partendo dal ruolo del giudizio di ottemperanza per l'effettività della tutela⁶⁰, ha sottolineato che la disciplina delle sopravvenienze di fatto o di diritto non può essere utilizzata in modo pretestuoso per eludere la decisione del giudice⁶¹.

Per non vanificare l'intangibilità del giudicato, la giurisprudenza prevalente⁶², seppur con alcune eccezioni rilevate in dottrina⁶³, limita l'operatività del novum individuando come limite temporale la data di notificazione della sentenza divenuta irrevocabile.

Le sopravvenienze, nella lettura del giudice amministrativo, non incidono sulle situazioni giuridiche istantanee e toccano quelle durevoli solo nel tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato e, per questo motivo, non si verificherebbe un conflitto con la pronuncia del giudice, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica⁶⁴. È stato quindi affermato che l'efficacia del giudicato amministrativo sarebbe subordinata al permanere invariato delle circostanze normative e fattuali presenti al momento di emanazione della decisione⁶⁵.

58 Così, C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

59 TAR Sicilia, Catania, sez. III, 26 settembre 2014, n. 2553

60 G. Mari, *Giudice amministrativa ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Esi, 2013, pp. 1 ss.; I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze University Press, 2016, p. 85.

61 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss. afferma che «naturalmente, la sopravvenienza non può, però, essere usata come «scudo» per eludere il decisum del giudice, poiché ciò contrasterebbe con i principi costituzionali di legalità e separazione dei poteri».

62 Ex multis: Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11; TAR Umbria, sez. I, 20 novembre 2017, n. 717; Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2690; Cons. Giust. Amm. Sic., 10 aprile 2017, n. 181.

63 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

64 Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11.

65 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.; M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., pp. 1157 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 257; P. M. Vipiana, *Contributo allo stu-*

5. Persona e Amministrazione tra giudicato, amministrazione attiva e ottemperanza

Il processo ha, secondo l'insegnamento chiovendiano, lo scopo di assicurare l'effettivo conseguimento del bene della vita a cui aspira chi, a ragione, si rivolge al giudice per ottenere tutela e l'ottemperanza riveste un'enorme importanza come strumento di effettiva tutela nei confronti della amministrazione alla luce dei principi della Costituzione e del diritto europeo e la mancata esecuzione del giudicato si pone in sé in contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

L'ottemperanza è dunque strumento per l'effettivo conseguimento del bene della vita individuato all'esito di un processo in capo alla parte vittoriosa⁶⁶. L'importanza dello strumento è connessa alla presenza di una parte del processo che deve dare esecuzione alla sentenza, che dovrebbe rispettare il principio di buona fede e che conserva però un potere sulla questione oggetto del giudizio e alla sua attitudine a contrastare elusioni e contrasti con quanto statuito dal giudice di cognizione, assicurando una corrispondenza fra la realtà materiale e quella giuridica per come individuata all'esito di un giudizio⁶⁷.

Il ricorso di ottemperanza rappresenta l'*extrema ratio* per ottenere, in sede di giurisdizione di merito, l'esecuzione del giudicato qualora, in sede amministrativa, sia mancata la definizione della questione conforme al giudicato stesso⁶⁸. Per questo il giudice dell'ottemperanza può direttamente o tramite il commissario ad acta emanare atti che soddisfino l'interesse del ricorrente per come statuito dalla sentenza del giudizio di cognizione, rendendola effettiva. In

dio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica, cit., pp. 366 ss.; B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, pp. 121 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, pp. 298 ss.; G. Pepe, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, cit., p. 231 e ss.

⁶⁶ P.M. Vipiana, *L'ottemperanza al giudicato amministrativo fra l'attività del commissario ad acta e quella dell'amministrazione "commissariata"*, in *Urb. e app.*, 2015, 1049 ss., sottolinea l'importanza dell'ottemperanza nel processo amministrativo, in quanto strumento volto ad assicurare l'effettività del dictum del giudice, nell'ambito dell'equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo.

⁶⁷ C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

⁶⁸ Cons. Stato, sez. IV, 11 agosto 2020, n. 4990.

questo senso il giudice dell'ottemperanza, nell'ambito di una giurisdizione estesa al merito, non si sostituisce all'amministrazione⁶⁹ ma interpreta ed applica la regola del caso di specie per come definita dal giudice del giudizio di cognizione⁷⁰ e «anche quando opera in sede di ottemperanza, comunque, il giudice amministrativo è un giudice e la sua attività ha natura giurisdizionale»⁷¹. Sembra opportuno ricordare che, come osservato autorevolmente in dottrina⁷² «i giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi».

In questo senso, e anche alla luce degli evidenziati limiti che il giudice incontra nell'esercizio dei poteri dell'ottemperanza, sembra che l'obbligo di conformazione si muova in seno ad un rapporto fisiologico che deve intercorrere tra sentenza e ottemperanza all'interno del dictum della sentenza. Ciò limita fortemente l'ambito di azione di una formazione progressiva del giudicato, intesa come possibilità concreta per il giudice di distaccarsi dal contenuto della sentenza adottata in sede di cognizione, magari nell'interesse dell'amministrazione che ha visto censurare la propria attività dal giudice⁷³. E' stato in proposito sottolineato che «la natura cognitoria dell'attività giurisdizionale in sede di ottemperanza attiene, invero, all'accertamento dell'inadempimento amministrativo ed è funzionale all'esercizio dei poteri propri del giudice dell'ottemperanza, che sono chiaramente previsti per

69 F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit., pp. 534 ss.

70 F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit., pp. 534 ss., afferma che «è in questo frangente della giurisdizione che è possibile "completare" il giudizio di cognizione, nel senso che il giudice potrà adattare il decisum all'effettivo stato attuale dei fatti. In questo senso il giudice dell'ottemperanza esercita poteri di cognizione per dare corretta esecuzione alla sentenza: un continuum tra accertamento giudiziale ed esecuzione, rafforzato da un tipo di giurisdizione (di merito) che consente al giudice di realizzare la piena soddisfazione del ricorrente».

71 C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 285.

72 F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Giappichelli, 2017, p. 185.

73 Per una lettura del giudicato a formazione progressiva come strumento per conciliare intangibilità del giudicato amministrativo ed effettività del diritto europeo, C. Figliolia, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., fasc.3-4, 2015, p. 925. Si vedano anche N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, in Dir. Proc. Amm., fasc.4, 2016, pp. 1169 ss.; M. Giavazzi, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., fasc. 5, 2019, pp. 683 ss.

garantire l'esecuzione del giudicato, e non già per rimmetterlo in discussione»⁷⁴. Anche in presenza di eventuali errori contenuti nella sentenza da ottemperare diventa difficile considerare il giudizio di ottemperanza come strumento alternativo alla revocazione per la risoluzione del problema.

Peraltro è necessario fare attenzione alla possibilità che un eccessivo ampliamento del ricorso al giudicato a formazione progressiva possa contribuire a dilatare in modo eccessivo un sindacato esteso al merito del Giudice Amministrativo sugli atti in qualche modo collegati a precedenti pronunce giurisdizionali con la possibile elusione di *«una serie di regole proprie del giudizio di legittimità quali quelle del termine decadenziale, dell'onere di deduzione di specifici motivi, del rispetto del principio generale del doppio grado di giudizio»⁷⁵.*

È stato autorevolmente evidenziato in dottrina che la cognizione nel giudizio di ottemperanza emerge soprattutto quando la regola posta dalla sentenza amministrativa è implicita, elastica, incompleta e condizionata⁷⁶. Benché si sia consapevoli che, come visto, all'esito del giudizio amministrativo possa essere fisiologicamente presente un margine di indeterminatezza connesso all'inesauribilità del potere dell'amministrazione, anche in presenza dell'effetto conformativo, è vero che spesso su tali profili incide la qualità delle statuizioni del giudice, che non sono sempre adeguatamente chiare e accurate nella definizione degli assetti che intendono supportare⁷⁷. La sentenza del giudice di cognizione dovrebbe individuare, da un lato, vincoli e limiti dell'azione che l'amministra-

74 N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, cit., pp. 1169 ss.

75 Così, M. Antonioli, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2011, pp. 1291 ss. che sottolinea anche che *«il termine di riferimento per la valutazione dell'attività di esecuzione svolta dall'Amministrazione debba essere sempre e comunque la sentenza: essa, ove sia esperita l'azione di annullamento, accerta, in caso di accoglimento, la fondatezza di uno o più dei motivi di ricorso e conseguentemente l'illegittimità dell'atto in tali limiti, ponendo un vincolo espresso alla futura azione dell'Amministrazione».*

76 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 295. Per una ricostruzione del giudizio di ottemperanza come luogo per il possibile completamento dell'accertamento giudiziale, che avrebbe dovuto aver il suo esito nella fase di cognizione, E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. It.*, Utet, 1966, pp. 1077 ss.; Id., *Specialità del giudizio di ottemperanza*, in *Giur. it.*, 1999, 2414 ss.; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, Giuffrè, 1989, 1 ss.; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1648 ss.

zione dovrebbe porre in essere e, dall'altro, le aree di discrezionalità ancora legittimamente esercitabili dopo l'annullamento dei suoi atti da parte del giudice⁷⁸. Senza dover arrivare a sostenere l'opportunità di far convergere nel giudizio di cognizione ogni aspetto dell'azione amministrativa sottesa al provvedimento impugnato, consentendo al giudicato di coprire dedotto e deducibile⁷⁹, in questo modo l'amministrazione potrebbe agire nel rispetto del principio conformativo e non sarebbe necessario il ricorso all'ottemperanza come rimedio per una sentenza dal contenuto inadeguato.

Seppur nella consapevolezza delle molteplici possibili cause dello "sconfinamento del giudice"⁸⁰, in questa prospettiva la formazione progressiva del giudicato esula dagli ordinari rapporti tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza, per acquisire una dimensione suppletiva della funzione del giudice di cognizione ed acquista una dimensione patologica che viola lo statuto costituzionale di tutela della persona e che viene censurata anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa⁸¹.

77 E' stato ad esempio rilevato in dottrina il rischio che può annidarsi nell'assorbimento dei motivi di accoglimento del ricorso, che dovrebbe essere valutato con maggiore attenzione da parte del giudice. Quando ciò non avviene, si rischia di trovarsi di fronte ad una sentenza che non rispetta il principio della domanda, non garantisce una tutela piena e può richiedere uno sforzo di integrazione della cognizione al giudice dell'ottemperanza. In questo senso C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 285.

78 M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit.; B. Marchetti, *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Il Mulino, 2011, p. 831; A. Travi, *L'esecuzione delle sentenze*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, IV, Il processo amministrativo*, Giuffrè, 2003, pp. 4607 ss..

79 In questo senso, M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 137 ss.

80 L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., fasc.1, 2019, pp. 188 ss., sostiene che in molteplici casi si verificano «una vera e propria interferenza della decisione del giudice rispetto all'attività amministrativa, a volte dovuta ad una sorta di abdicazione dell'amministrazione al suo ruolo, altre volte al fatto che i principi predominano ormai sulle regole nel nostro ordinamento e consentono quindi una latitudine sempre più ampia all'interpretazione, altre volte ancora all'importazione nel giudizio amministrativo di tecniche di bilanciamento fra diritti e interessi — largamente utilizzate nel giudizio di legittimità costituzionale — che riproducono l'attività di ponderazione tipicamente amministrativa», con la conseguente «riduzione dello spazio a disposizione dell'amministrazione, o per abbandono del campo o per sconfinamento del giudice, con un impoverimento della capacità di decisione amministrativa».

81 Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 428.

È fondamentale che, come auspicato autorevolmente in dottrina il giudice prenda adeguata attenzione agli effetti e alle conseguenze delle sue sentenze e l'amministrazione comprenda che non può delegare ad altri le proprie scelte⁸².

82 L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, cit., pp. 188 ss.