



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi Annamaria Angiuli.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Giorgio Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Salvatore Cimini, Francesco Castiello, Caterina Cittadino, Giorgio Fraccastoro, Federica Gagliarducci, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Helene Puliat, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Giudicato a formazione progressiva e violazione del diritto UE: il Consiglio di Stato rimette all'Adunanza Plenaria la questione

di Valeria Tevere*

Di recente è all'attenzione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato una questione in tema di giudicato amministrativo in violazione del diritto dell'Unione Europea.

Invero la *quaestio* è ben nota all'interprete tanto che anche la seconda sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza 10 luglio 2014, C-213/13¹.

Orbene, in quel *decisum* la Corte di Lussemburgo dettava linee guida al giudice nazionale amministrativo ammettendo la possibilità di incidere sul giudicato in violazione del diritto dell'UE sugli appalti, completandone il contenuto "se le norme procedurali interne applicabili" glielo avrebbero consentito. Si ammetteva, quindi, anche da parte del giudice dell'Unione Europea, un'ipotesi flessibile di formazione progressiva del giudicato amministrativo, in superamento del principio dell'intangibilità della *res iudicata*.

La soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia era frutto di un bilanciamento tra opposte esigenze: da un lato, la certezza del diritto, di

cui è espressione il dogma dell'intangibilità del giudicato e dall'altro, il rispetto del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale² e del *primauté* del diritto unionistico sul diritto interno, consacrato negli articoli 11 e 117 Cost..

Orbene, la V sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 17 luglio 2015 n. 3587, ha rimesso all'adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., la questione del giudicato a formazione progressiva, mettendo in discussione la possibilità, per il giudice amministrativo, così come anche la Corte di Giustizia ha recentemente prospettato, di rideterminare il contenuto del giudicato in caso di violazione del diritto UE³.

Dalla lettura della motivazione dell'ordinanza emerge che il Supremo Consesso intende superare il principio, ormai consolidato di diritto processuale amministrativo, di elaborazione giurisprudenziale, del giudicato a formazione progressiva, tra l'altro ribadito anche dall'adunanza plenaria 15 gennaio 2013 n. 2⁴.

*Avvocato e Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, curriculum europeo-internazionalistico-comparato presso l'Università di Salerno.

1. Per esigenze di continuità tematica e per un esame più dettagliato della fattispecie, alla base della pronuncia del giudice europeo, sia consentito rinviare al commento alla sentenza della Corte di Giustizia, sezione II, 10 luglio 2014, c-213/13 in questa rivista, V. TEVERE, *Giudicato amministrativo in violazione del diritto dell'Unione Europea: la Corte di Giustizia chiarisce "a quali condizioni" il giudice nazionale del rinvio può incidere sulla res iudicata, in contrasto con la normativa UE sugli appalti* in www.amministrativamente.it, fasc. n.3-4/2015.

² Il principio di effettività della tutela è un principio di matrice europea che oggi si annovera a pieno titolo tra i principi di diritto amministrativo, essendo espressamente previsto anche nell'art. 1 c.p.a.

³ Invero, ad avviso della V sezione del Supremo Consesso, nella fattispecie in esame, rilevava una sopravvenienza comunitaria, includendovi, nella stessa, proprio l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia *supra* citato. Tuttavia, il Supremo Consesso, rispetto al *decisum* dei giudici di Lussemburgo, giunge a conclusioni antitetiche sul giudicato a formazione progressiva.

⁴ L'Adunanza plenaria n.2/2013 del Consiglio di Stato ha asserito, al punto 5 della motivazione che "l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato

Come è ben noto, infatti, in diritto processuale amministrativo si concepiva, in dottrina ed in giurisprudenza, un concetto elastico di giudicato che si contrapponeva alla rigida nozione di giudicato formale e sostanziale del diritto civile, di cui agli articoli 324 c.p.c. e 2909 c.c. Invero l'affermazione del principio del giudicato amministrativo a formazione progressiva era giustificata dal fatto che il processo tradizionale amministrativo era un processo di tipo caducatorio di talché la sentenza costitutiva di annullamento si poneva come una regola astratta che, in caso di non conformazione da parte della P.A. alla stessa, poteva essere riempita nel contenuto in concreto, con il giudizio di ottemperanza, considerato non come un mero giudizio di esecuzione ma come un giudizio di natura mista, sia di esecuzione che di cognizione, con accentuazione di poteri di cognizione, nel caso di attuazione di sentenze del giudice amministrativo⁵.

degli interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza. La questione si pone invece ove la riedizione del potere (...) si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice. In tal caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice. In tal caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice. E' ben consapevole l'adunanza delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposto dalle pur rilevanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come attestato dalla disciplina della materia in Paesi dell'Unione europea a noi più vicini (si pensi alla Francia ed alla Germania) nei confronti dei quali possiamo vantare un sistema di esecuzione del giudicato amministrativo – l'ottemperanza appunto – sicuramente più avanzato”.

⁵ Il giudizio di ottemperanza sulle sentenze del giudice ordinario è, per contro, caratterizzato da poteri

Del resto, recita l'art. 114, comma 4, lett a), c.p.a. che il giudice dell'ottemperanza *“in caso di accoglimento del ricorso ordina l'ottemperanza prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo”*. Inoltre, tra i poteri di cognizione, attribuiti al giudice dell'ottemperanza, rileva il potere di accertare la nullità degli atti, in violazione o elusione del giudicato, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. b) c.p.a.

Orbene, le ragioni del ripensamento di una sezione del Consiglio di Stato sulla formazione progressiva del giudicato amministrativo sarebbero giustificate dalla nuova conformazione del processo amministrativo che, come è noto, da giudizio sull'atto, di tipo tradizionale impugnatorio, si è trasformato in giudizio sul rapporto, con un ventaglio di azioni a disposizione del ricorrente e conseguentemente con l'ampliamento dei poteri dello stesso giudice della fase di cognizione che può anche, ad esempio, disporre, ai sensi dell'art. 34, c.1, lett. e), le misure esecutive *“idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato”* e ben può anche nominare un commissario *ad acta*.

Pertanto, ad avviso della V sezione del Supremo Consesso, il concetto di giudicato amministrativo a formazione progressiva, non sarebbe più attuale *“nel nuovo quadro del processo amministrativo”*. Allo stato, quindi, si è in attesa della soluzione chiarificatrice dell'adunanza plenaria *in subiecta materia*, che potrebbe confermare il consolidato orientamento sulla formazione progressiva del giudicato amministrativo ma potrebbe anche operare un *revirement* ed accogliere la tesi della quinta sezione. In quest'ultimo caso il giudicato amministrativo si livellerebbe al giudicato civile, assumendo i connotati di una maggiore rigidità. Quest'ultima ipotesi interpretativa potrebbe

squisitamente di esecuzione del giudice amministrativo dell'ottemperanza, anche per la sussistenza di un limite interno di giurisdizione.

dimostrare ulteriormente il *trend* di parificazione del processo amministrativo al processo civile. Non resta, quindi, che attendere i futuri sviluppi giurisprudenziali sulla questione.