

Giudicato a formazione progressiva e giudizio di ottemperanza

A cura di LAVINIA FILIERI

Il giudicato a formazione progressiva¹ costituisce una delle elaborazioni più caratteristiche e peculiari del giudizio di ottemperanza, pur senza sovrapporsi a quest'ultimo ed esaurirne la funzione alla luce del sistema della giustizia amministrativa. Tanto che, come si avrà modo di illustrare in seguito, lo stesso intercetta tematiche ben più generali.

Il fenomeno in parola, infatti, come si spiegherà meglio a breve, non nasce contestualmente all'istituzione del rimedio dell'ottemperanza, costituendone, piuttosto, una sua lettura evolutiva alla luce del principio di effettività della tutela, in seno ad un sistema processuale caratterizzato dalla tipicità di azioni.

Non è un caso, difatti, che la sua elaborazione sia avvenuta in via pretoria e che, oggi, la nuova formulazione dell'art. 34 c.p.a. abbia portato una parte della giurisprudenza e della dottrina a dubitare della sua attualità.

Per comprendere, allora, il rapporto tra giudicato a formazione progressiva e giudizio di ottemperanza, occorre procedere per gradi e concentrare l'attenzione in prima battuta su quest'ultimo, vagliandone fondamento ed origini storiche. Il giudizio di ottemperanza ha radici profonde, risalenti, addirittura, al 1889, quando, con la legge Crispi, fu istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, con funzioni non già meramente consultive bensì giurisdizionali. A completamento del sistema voluto dalla legge abolitrice dei tribunali del contenzioso amministrativo del 1865, l'art. 4 n. 4 l. 5992 del 1889 si dotò il Consiglio di Stato del potere di eseguire le sentenze del giudice ordinario², dal momento che, secondo quanto dispongono, ancora oggi, gli artt. 4 e 5 LAC, quest'ultimo poteva conoscere della legittimità del provvedimento

¹ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983, pp. 392-393, secondo cui il giudicato amministrativo non pone una "regola sufficiente e conclusiva della successiva azione amministrativa", salvo nei casi di effetto vincolante pieno, poiché "residuano al giudicato ed eccedono il giudicato degli spazi di azione amministrativa" definibili come "spazi liberi". Ciò in quanto il giudicato amministrativo "opera su di una realtà in movimento, che è appunto l'azione amministrativa". Vd. Altresì C. Calabrò, voce *Giudicato* (Dir. proc. amm.), in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, 2002, p. 9.

In giurisprudenza vd. Cons. Stato Ad. Plen. 15.3.1989 n. 7 in Cons. Stato 1989, I, 227, fino alle ultime riaffermazioni in Ad. Plen., 5 gennaio 2013, n. 2 e Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11.

² Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, precisamente, la disciplina del giudizio di ottemperanza (delle sentenze del giudice ordinario) era affidata agli artt. 90 e 91 r.d. 17 agosto 1907 n. 642, poi trasposta nell'art. 27 r.d. 1054/1924.

amministrativo solo disapplicando, restando invece il giudice amministrativo l'unico plesso deputato alla tutela caducatoria, cioè a dire di annullamento.

La possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo, invece, almeno fino alla legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, del 1971, fu frutto esclusivo di una svolta giurisprudenziale del Consiglio di Stato degli anni Venti, con il successivo avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e della stessa Adunanza Plenaria.

L'originaria ritrosia del legislatore a dotare la giurisdizione amministrativa di poteri di esecuzione trovava fondamento in quella visione, più generale, del processo amministrativo sintetizzabile nel cd. giudizio sull'atto, figlia, a sua volta, di una rigorosa lettura della separazione dei poteri e dell'intangibilità della funzione pubblicistica e delle sue prerogative. Seguendo questa linea direttrice, perciò, bene si comprende come solo la pubblica amministrazione potesse dare esecuzione alle sentenze di annullamento, stante l'inesauribilità del suo potere. Senza potersi dilungare sulla visione del processo amministrativo, che non costituisce cuore della traccia, basti a questi fini dire come, senza dubbio, l'introduzione del rimedio dell'ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo ha costituito un primo fendente a tale visione, su cui poi si è innestato il codice del processo amministrativo. Come noto, infatti, il d.lgs. 104/2010, da un lato, ha provveduto al riordino della frammentaria legislazione pregressa, dall'altro, ha recepito gli approdi integrativi ed evolutivi della giurisprudenza consolidata. Dal combinato disposto degli artt. 112, 114 e 134 c.p.a. si comprende come il legislatore abbia delineato il giudizio di ottemperanza come un processo che va ben al di là del processo esecutivo civile, sancendone la natura di giurisdizione estesa al merito, concedendo al giudice amministrativo finanche il potere di sostituirsi alla amministrazione, per il tramite del cd. commissario *ad acta*³. L'assunto è confermato proprio dalla disposizione con cui apre l'art. 112 c.p.a., nel sancire, in maniera enfatica, che i provvedimenti del giudice amministrativo debbono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione (e dalle altre parti).

Il problema del giudicato a formazione progressiva, sebbene molto più risalente, come detto, si innesta comunque in questo quadro, dal momento che tale espressione fu coniata come primo ed embrionale rimedio ai limiti della tutela dell'interesse legittimo e dei poteri del giudice in sede di

³ A sottolineare la differenza tra processo esecutivo ordinario e giudizio di ottemperanza fu già Corte Cost. 406/1998, investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), 27, primo comma, numero 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), 90 e 91 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione. Si censuravano le disposizioni citate, precisamente, nella parte in cui stabilivano che i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle decisioni pronunciate dagli organi di giustizia amministrativa possano essere proposti esclusivamente avverso le sentenze passate in giudicato e non anche con riferimento a sentenze di primo grado, esecutive e non sospese dal giudice di appello, ma non passate in giudicato. Problema superato in via legislativa dall'art. 10 l. 205/2000, ora trasfuso nell'art. 112 II co. lett. b) c.p.a.

cognizione. Non è un caso, perciò, che dello stesso si discuta solo in merito alla ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo, e non a quelle del giudice ordinario, rispetto alle quali il giudice dell'ottemperanza non ha poteri di "integrazione"⁴. Delineando quest'ultimo come processo sull'atto infatti, e non avendo, perciò, il giudice amministrativo possibilità alcuna di guardare alla pretesa sostanziale del privato, si diceva che gli unici effetti idonei a scaturire dalla sentenza fossero esclusivamente quelli caducatori-costitutivi, che guardano al passato, e, al più, restitutori, che guardano al presente. Tale preclusione con riguardo all'effetto "futuro" della sentenza derivava da due ordini di considerazioni. La prima, molto semplice e logica, nonché valida, in modo omogeneo, per il giudizio civile e penale, vedeva nel giudizio di esecuzione una semplice appendice del giudizio di cognizione, o meglio, della sentenza di cognizione passata in giudicato. Di talché, dal momento che il giudice amministrativo poteva limitarsi soltanto ad annullare l'atto impugnato, il giudicato avrebbe coperto soltanto quelle illegittimità enucleate nei motivi (non assorbiti) di ricorso, salvo, peraltro, il vizio di incompetenza. La seconda, a questa strettamente consequenziale ma propria del solo processo amministrativo, ineriva alla incoercibilità del potere non ancora esplicitato, principio, peraltro, oggi consacrato all'art. 34 co. 2 c.p.a.

Ebbene, dal momento che il fenomeno del giudicato a formazione progressiva si colloca esattamente a metà tra i due limiti appena citati, occorre, di necessità, interrogarsi sulla nozione di giudicato amministrativo⁵, per un verso, e, per altro verso, sui limiti, sia storici che attuali, del giudizio di ottemperanza.

Quanto al primo profilo, in assenza di una presa di posizione espressa del legislatore, c'è da chiedersi se al giudicato amministrativo siano estensibili i caratteri del giudicato civilistico, restando indiscutibile quella identità dogmatica per cui il giudicato è la decisione contenuta in una sentenza divenuta immutabile, che diviene regola del caso concreto⁶.

⁴ Cons. St., 17 gennaio 1997, n. 1. Diverso, si ricorda per completezza, è il problema interpretativo suscitato dall'art. 112 c.p.a. lett. d), secondo cui l'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione "delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione". La questione, infatti, è stata risolta in senso positivo per i decreti decisori del ricorso straordinario al Capo dello Stato (vd. Cass. Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2605, Cons. St., Ad. Plen. 14 luglio 2015 n. 7). Diversamente, invece, è accaduto, nell'alveo delle cd. giurisdizioni speciali, per le pronunce della Corte dei Conti.

⁵ Per una analisi delle caratteristiche del giudicato amministrativo si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai contributi di A. Albini, *L'autorità del giudicato amministrativo nella teoria generale dell'autorità degli atti giuridici*, Milano, 1968, pp. 221 ss.. F. Benvenuti, voce *Giudicato* (Dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, pp. 893-912. C. Calabrò, voce *Giudicato* (Dir. proc. amm.), in *Enc. giur. Treccani, Agg., op. cit.*, pp. 1 ss.. S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, pp. 1 ss..

⁶ Si veda la definizione contenuta in E.T. Liebman, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 1, ove si definisce il «giudicato» o la «cosa giudicata» come la «[...] decisione contenuta nella sentenza del giudice, quando è divenuta immutabile in conseguenza della preclusione delle impugnazioni». L'Autore pone l'accento, inoltre, sulla circostanza che nel diritto moderno, rispetto alla passata epoca romana, il concetto giuridico di «giudicato» si è

La giustizia civile declina il giudicato nell'accezione formale e sostanziale. La prima, di cui all'art. 324 c.p.c., denota l'inoppugnabilità; la seconda, di cui all'art. 2909 c.c., marca gli effetti e la portata della sentenza che, facendo "stato a ogni effetto" tra le parti, i loro eredi e aventi causa" si dice coprire non solo fatti e questioni dedotti, ma anche quelli deducibili, in quanto costituenti premessa ovvero conseguenza logica dell'accertamento.

Se quanto all'art. 324 c.p.c. non paiono porsi problemi di compatibilità con le statuizioni del giudice amministrativo⁷, anche alla luce dei recenti approdi della giurisprudenza interna e sovranazionale sul caso Pizzarotti⁸, di cui a breve si dirà, a diversa conclusione pare doversi giungere per l'art. 2909 c.c.⁹

In primo luogo perché il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., nel far riferimento alle sole disposizioni del codice di procedura civile, parrebbe volutamente escludere un'applicazione generalizzata delle norme processuali quando contenute, appunto, nel codice civile o in altri corpi normativi.

In secondo luogo, quanto ai cd. limiti soggettivi del giudicato, essi paiono mutare a seconda della natura e della latitudine dell'efficacia del provvedimento annullato. A conferma di ciò si può richiamare l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa che, da un lato, riconosce efficacia di giudicato anche nei confronti dei terzi all'annullamento di atti a contenuto inscindibile, generale e normativo¹⁰ (potendo gli stessi servirsi, se pretermessi, del rimedio dell'opposizione di terzo); dall'altro, esclude l'efficacia del giudicato di annullamento in caso di

incentrato sempre più sulla decisione giudiziale al fine di garantirne la stabilità, da intendersi come preclusione di ulteriori giudizi de eadem re, da un lato, e come forza vincolante nel prodursi, in chiave non contestata e/o impedita, degli effetti della pronuncia, dall'altro. Si riporta anche, per la Sua autorevolezza nonché per l'ampia influenza esercitata in dottrina, la peculiare definizione del giudicato propria di G. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, I, Napoli, Jovene, 1935, p. 342, il quale lo definisce come «[...] l'affermazione indiscutibile d'una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti».

⁷ Per la nozione di giudicato in senso formale nel giudizio amministrativo vd. Cons. St., Ad. Plen., 3 luglio 2012, n. 24.

⁸ Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, cit.

⁹ Per la ricostruzione storica circa la mancanza di una nozione di giudicato in senso sostanziale nel giudizio amministrativo vd. L. Maruotti, Trattato di diritto amministrativo, Il nuovo diritto amministrativo, Cedam, 2015, p. 1021.

¹⁰ Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015 n. 2888; Cons. St. sez. IV, 18 novembre 2013 n. 5459; Cons. St., sez. III, 20 aprile 2012 n. 2350. In Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2013 n. 1850 si aggiunge che la decisione di annullamento (che – per i limiti soggettivi del giudicato – esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa) acquista efficacia "erga omnes" quando gli atti impugnati siano a contenuto generale inscindibile, poiché gli effetti dell'annullamento in questo caso non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri.

provvedimenti cd. plurimi, dove l'identità di contenuto per più destinatari risponde a logiche di efficienza ma non sostanziali¹¹.

In terzo luogo, quanto ai limiti oggettivi del giudicato, possiamo dire che se il giudicato amministrativo copre sicuramente il dedotto, per il "deducibile" la conclusione è diversificata¹². Ebbene, la disamina di tale conclusione costituisce il cuore centrale della traccia, dal momento che intorno a questa ruota il giudicato a formazione progressiva, nella sua portata ma pure in quei limiti che, come anticipato, fanno dubitare alcuni della sua attualità e che, nell'economia della traccia, verranno analizzati successivamente.

Il profilo più singolare del giudizio amministrativo, di annullamento, consiste nel fatto che il "deducibile" dipende (anche) dalla attività della pubblica amministrazione successiva alla sentenza di cognizione. Infatti, sebbene l'art. 112 c.p.a. affermi che i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione, a ben vedere non detta ulteriori condizioni e, comunque, deve essere fatto salvo il limite dei poteri non ancora esercitati di cui all'art. 34 co. 2 c.p.a. Questo argomento, in uno con la visione del processo di cognizione come giudizio sull'atto¹³ e non sul rapporto, hanno reso storicamente molto controversa la enucleazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo, mossasi su due linee direttrici che, oggi, alla luce del principio di atipicità delle azioni, potremmo addirittura definire speculari¹⁴. Da un lato, grazie all'elaborazione del cd. effetto conformativo (ovvero pro futuro) della sentenza di annullamento, dall'altro, grazie all'elaborazione del giudicato a formazione progressiva.

Se è vero, come è vero, che il giudicato, quindi la vincolatività del *decisum*, avvince solo il dispositivo e non la motivazione, per rimediare ad un eccessivo squilibrio tra benefici della pubblica amministrazione e costi del privato, onerato ad impugnare ogni successiva manifestazione del potere con un nuovo giudizio di cognizione, in potenza reiterabile quasi all'infinito, la giurisprudenza cominciò a ritenere che l'accertamento del giudice prefigurasse comunque un contenuto ordinatorio, sebbene non coperto dal giudicato, e suscettibile di essere realizzato in sede di ottemperanza. Per questo alcuni parlarono di formazione progressiva del giudicato, nel senso che

¹² A titolo esemplificativo, nessun effetto produce una sentenza di rigetto, la quale si limita ad accertare la legittimità di un determinato atto, relativamente ai motivi di censura dedotti. In questo cfr. Casetta E., Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2011, 923.

¹³ Dalla ricostruzione storica in merito pare che il primo Autore ad intuire la transizione del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto è stato A. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, vol.i I e II, Milano, 1962, spec. vol. II, pp. 140 ss.

¹⁴ Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione e della struttura del processo amministrativo vd. R. Chieppa, R. Giovagnoli, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, 2017.

al giudice dell'ottemperanza era demandata l'esplicitazione, o meglio, l'integrazione di quella regola del caso concreto preclusa al giudice della cognizione perché non suscettibile di costituire giudicato in senso tecnico-giuridico. L'ottemperanza, in altre parole, veniva a costituire epilogo di una vicenda processuale, in funzione di rimediale avverso l'equilibrio ostruzionale creato dal legislatore per le azioni di cognizione con la loro tipicità.

Certamente, però, anche il giudicato a formazione progressiva era ritenuto, dalla stessa giurisprudenza, incontrare diversi limiti. Il sistema dell'ottemperanza in generale, infatti, non poteva dirsi del tutto soddisfacente a garantire tutela al privato, specie con riguardo ai cd. interessi pretensivi, rimanendo il potere non ancora esplicitato, come pure i frammenti di discrezionalità amministrativa, incoercibili e comunque preclusi ad ogni effetto conformativo della sentenza¹⁵. Invero, nel caso in cui la pubblica amministrazione, arbitrariamente, fosse rimasta silente di fronte al giudizio di annullamento, infatti, poteva comunque prospettarsi la ricorribilità in ottemperanza, dal combinato disposto degli artt. 34 co. 2 e 114 co. 4 lett. a) c.p.a.

Piuttosto, a lungo si è posto il problema della azione da esperire avverso la nuova manifestazione provvedimentoale, data la difficoltà di qualificarne la natura violativa¹⁶ o elusiva¹⁷ di un giudicato ovvero di un effetto conformativo della sentenza di cognizione. Ebbene, il problema del coordinamento e bilanciamento tra giudicato e riedizione del potere amministrativo è stato risolto dalla Adunanza Plenaria nel 2013, che ha esaltato la natura mista del giudizio di ottemperanza, di esecuzione e cognizione. In ossequio ad esigenze di effettività e concentrazione della tutela, i poteri del giudice dell'ottemperanza consentono al ricorrente di convogliare ogni manifestazione provvedimentoale successiva ad un giudicato caducatorio, spettando poi al giudice la qualificazione della manifestazione provvedimentoale, come nuova oppure elusiva del giudicato intervenuto. Con l'unico onere, per il ricorrente, di effettuare l'impugnazione entro i termini di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento e non entro quelli, ben più lunghi, di cui all'art. 114 c.p.a.¹⁸

¹⁵ Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4604. Per porre fine alla possibilità di infinite reiterazioni di atti amministrativi espressione di poteri discrezionali, è opportuno ricordare l'orientamento giurisprudenziale, pur non unanimemente condiviso, secondo cui l'amministrazione può far valere nuove ragioni ostative al soddisfacimento della pretesa azionata una sola volta dopo il giudicato. Sicché, l'adozione di un secondo provvedimento negativo per il privato, successivo alla sentenza passata in giudicato, deve essere ritenuto elusivo del giudicato con conseguente possibilità di impugnarlo in sede di ottemperanza. In termini Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 769.

¹⁶ Sui rapporti tra valore conformativo del provvedimento giurisdizionale e violazione del giudicato Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2680.

¹⁷ Sui rapporti tra valore conformativo del provvedimento giurisdizionale ed elusione del giudicato Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 769 cit.

¹⁸ Cons. St., Ad. Plen., 5 gennaio 2013, cit., secondo cui "Il giudice dell'ottemperanza è il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato

Un'applicazione peculiare della nozione di giudicato a formazione progressiva si è avuta di recente da parte della Adunanza Plenaria nel caso Pizzarotti. Il quesito che il Supremo Consesso era chiamato a comporre riguardava, in particolare, l'estensibilità di questa definizione anche alle sentenze dello stesso giudice dell'ottemperanza, atteso che l'elaborazione giurisprudenziale si era da sempre concentrata sui soli rapporti tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza. Seppure la vicenda in oggetto fosse caratterizzata da una certa complessità, volendo sintetizzare può dirsi che, sebbene la giurisdizione di ottemperanza sia estesa al merito, comunque i poteri del giudice non possono spingersi sino a erodere quegli spazi di discrezionalità amministrativa laddove non coperti dall'effetto conformativo della sentenza resa in sede di ottemperanza stessa, ovvero laddove il suddetto obbligo conformativo sia meramente strumentale e non finale, potendo al più intervenire in caso di inerzia della pubblica amministrazione¹⁹. Soluzione, questa, che a ben vedere collima pienamente con quanto concluso dalla stessa Adunanza Plenaria, un anno prima, interrogata sui rapporti tra poteri di acquisizione sanante ex art. 42 bis t.u. e ruolo, eventualmente sostitutivo, del commissario ad acta²⁰.

Comunque, è opportuno ricordare come l'Adunanza Plenaria sulla vicenda Pizzarotti avesse a confrontarsi con il più ampio tema dei rapporti tra giudicato e sopravvenienze "sovranazionali", nella specie pronunce della CGUE che, come noto, sono equiparate, quanto ad efficacia cogente, al diritto positivo chiamate ad interpretare. Ebbene, senza scardinare il principio della certezza dei rapporti giuridici derivante dal giudicato amministrativo e la sua intangibilità, salve rarissime evenienze, l'Adunanza Plenaria sembra aver "girato intorno" al problema dal momento che, appunto, nel caso concreto, nessun giudicato si era formato sulla spettanza dell'impresa ad aggiudicarsi la procedura.

Del pari, proprio perché non rilevante nella vicenda in esame, la sentenza in commento afferma solo marginalmente la perdurante attualità, ed utilità, del concetto di giudicato a formazione progressiva, fuor dei casi in cui l'effetto conformativo della sentenza sia già totale nel giudizio di cognizione.

discendono o che in esso trovano il proprio presupposto. Qualora in sede di esecuzione sia stato emesso un ulteriore provvedimento sfavorevole per chi sia vincitore in un precedente giudizio di annullamento, l'interessato può contestare l'atto sopravvenuto con un unico ricorso, proposto entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 c.p.a., e può formulare sia censure di legittimità che censure che lamentano la nullità per elusione del giudicato, spettando al giudice amministrativo la qualificazione dell'attività amministrativa in rapporto al precedente giudicato. La commissione esaminatrice di una valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore universitario, qualora il giudice amministrativo abbia annullato le sue valutazioni conclusive perché viziate rispetto ai criteri da essa previamente predisposti, incorre nella violazione del giudicato se rinnova gli atti del procedimento modificandolo senza specifiche ragioni i medesimi criteri, perché solo nel caso in cui essi risultino illegittimi possono essere modificati".

¹⁹ Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9

²⁰ Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2.

Questa conclusione ci consente di affrontare l'altro profilo problematico relativo ai limiti oggettivi del giudicato amministrativo, prima citato, che sembra rendere recessivo il cd. giudicato a formazione progressiva, relegando il giudizio di ottemperanza ad esecuzione di una sentenza di cognizione il cui effetto conformativo, oltre ad essere massimo, già è coperto dal giudicato perché la regola del caso concreto è tutta contenuta in essa ed il vincolo ordinatorio esplicitato proprio nel dispositivo. Ebbene, questa onnicomprensività della sentenza di cognizione si deve al progressivo accrescersi delle relative azioni, in funzione di effettività della tutela, ora confluite nel c.p.a.²¹ In altre parole, nel tempo la giurisprudenza (per prima) ha cercato di ampliare i poteri del giudice della cognizione consentendo quella evoluzione del giudizio di amministrativo, poc'anzi citata, dall'atto, quindi oggettivo, al rapporto, soggettivo, tra pubblica amministrazione e privato. In altre parole, in alcuni casi, il giudicato di cognizione copre già, conformemente all'art. 2909 c.c., il dedotto e il deducibile, senza necessità di ricorrere, appunto, al giudicato a formazione progressiva.

Il primo segno in questa direzione è certamente costituito dalla istituzione della giurisdizione esclusiva, dove il giudice amministrativo, tenuto a conoscere di situazione giuridiche che hanno prevalente consistenza di diritti soggettivi, ha poteri di accertamento della spettanza pregnanti.

Nella giurisdizione di legittimità, invece, il primo sforzo in questo senso è stato sicuramente dato dall'introduzione dell'azione di condanna al risarcimento del danno da parte del giudice amministrativo, dove l'accertamento della spettanza del bene finale cui anela il privato, ove possibile, preclude ogni margine di discrezionalità amministrativa nel conformarsi alla decisione²².

Ancora, occorre citare l'azione avverso il silenzio, ora codificata all'art. 31 c.p.a., in caso di attività vincolata, ovvero laddove, in caso di discrezionalità, la stessa sia esaurita e non siano necessari adempimenti istruttori ulteriore da parte della pubblica amministrazione, potendo il giudice in tali ipotesi, oltre accertare l'infruttuoso, ed illegittimo, decorso del termine per provvedere, condannare l'amministrazione all'emanazione del provvedimento agognato.

Da ultimo, l'approdo più significativo che, in un certo senso, supera la necessità della regola giurisprudenziale di ritenere ordinatoria anche la motivazione della sentenza di cognizione, lasciano al giudice dell'ottemperanza il compito di integrare, di fatto, il dispositivo della stessa, è stata la positivizzazione della azione di adempimento pubblicistico, di cui al secondo periodo della lett. c) co. 2 art. 34 c.p.a. Nell'affermare, infatti, che il giudice di cognizione può condannare l'amministrazione, negli stessi limiti di cui all'art. 31 co. 3 c.p.a. al rilascio del provvedimento richiesto, non solo nei casi di azione avverso il silenzio ma anche in quelli di annullamento di

²¹ Per una visione sintetica del problema cfr. R. Giovagnoli, Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo, relazione al convegno Giustizia amministrativa e crisi economica, 2013 in [Giustizia amministrativa.it](http://Giustiziaamministrativa.it).

²² Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

provvedimenti di diniego, si consente già al giudice della cognizione di esaurire ogni vaglio sulla vicenda, lasciando al giudice dell'ottemperanza un ruolo solo esecutivo.

Ebbene, per quanto la codificazione dell'azione di adempimento pubblicistico abbia reso in buona parte recessivo il concetto di giudicato a formazione progressiva, perché è la stessa sentenza di cognizione ad esaurire il giudicato, senza comportare spostamenti "in avanti" davanti al giudice dell'ottemperanza, occorre comunque rilevare che la formulazione dell'art. 34 c.p.a. citata, se intesa nel senso letterale, nel sancire una ipotesi di cumulo imposto di domande, precluderebbe le ipotesi di azione di condanna in via autonoma. Si pensi, all'uopo, ai procedimenti di ufficio, ovvero agli annullamenti in autotutela, ovvero ancora alla scia (fuori dei casi di cui all'art. 19 co. 6 ter l. 241/90). Di talché, le soluzioni prospettabili in questo caso, per non lasciare pregiudicata l'effettività di tutela per il privato, dovrebbero passare o per l'ammissibilità di un'azione di adempimento nei fatti atipica oppure per la riespansione della nozione di giudicato a formazione progressiva, potendo il giudice della cognizione limitarsi a delineare le successive linee guida dell'azione amministrativa con un effetto confermativo che ne esce, quindi mitigato, perché non idoneo ad essere (già) coperto dal giudicato.

In conclusione, pertanto, può dirsi che, nonostante lo sforzo della giurisprudenza, e, successivamente, del legislatore sia andato nel senso della implementazione delle azioni di cognizione, potendosi oggi parlare quasi di atipicità delle azioni di cognizione nel giudizio amministrativo, l'ottemperanza si rivela ancora oggi un formidabile strumento, invidiato nel panorama comparato, per garantire il corretto svolgimento del rapporto controverso tra privato e pubblica amministrazione. Non solo, anche a voler ritenere, oggi, in un certo senso superato il concetto di giudicato a formazione progressiva, comunque è impensabile relegare l'ottemperanza ad un semplice giudizio di esecuzione, alla stregua di quanto accade nel processo civile. L'assunto pare confermato, nel dato positivo, non solo dalla natura di giurisdizione estesa al merito dello stesso, ma altresì dalla rosa di certi poteri in tutto assimilabili a quelli del giudice della cognizione, come accade, uno per tutti, nel caso di cui all'art. 112 co. 2 c.p.a.