

NOTA A CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA,

SENTENZA 6 APRILE 2017, n. 1

A cura di ANDREA ROMANO

***Natura e ambito applicativo del giudizio di revocazione, limiti del giudicato e sua relazione
con il giudizio di ottemperanza***

* * *

La sentenza in commento rappresenta un particolare caso in cui l'Adunanza plenaria viene investita ai sensi dell'art. 106, comma 2, c.p.a., anziché ex art. 99, commi 1 e 2, c.p.a. in funzione nomofilattica, come di regola si è abituati a leggere nei massimari di giurisprudenza. Inoltre essa costituisce un approfondito *excursus* sugli aspetti essenziali del giudizio di ottemperanza mettendone in luce quelle che sono le caratteristiche principali.

Veniva nella fattispecie proposto un ricorso per revocazione di precedente pronuncia dell'Adunanza plenaria (stiamo parlando di Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, Pres. Pajno, est. Giovagnoli, in www.giustizia-amministrativa.it) ai sensi dell'art. 395, n.5, c.p.c.

La lunga e complessa vicenda giudiziaria della Cittadella Giudiziaria di Bari che ha portato alla pronuncia in esame può essere consultata nel testo integrale della sentenza che viene allegato alla presente nota.

Vale la pena solamente ricordare che l'Adunanza Plenaria, nella sentenza revocanda (n. 11/2016) che reca la pronuncia definitiva sull'azione di ottemperanza proposta è pervenuta alla conclusione che la natura ampiamente discrezionale del procedimento amministrativo avviato dal Comune di Bari (una ricerca di mercato diretta a verificare la realizzabilità di un progetto di opera pubblica, la Cittadella Giudiziaria di Bari, appunto) e la natura stessa del giudizio con cui ha avuto inizio la controversia, e cioè di giudizio sul silenzio, escludessero la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione e di predeterminare l'esito del procedimento attraverso il riconoscimento all'impresa del diritto di realizzare l'opera, a pena di un inammissibile sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice e, di conseguenza, di un possibile eccesso di potere giurisdizionale.

La società ricorrente dal canto suo ha fatto valere come motivo di revocazione quello previsto dall'art. 395, n. 5), cod. proc. civ., per asserito contrasto dell'impugnata sentenza n. 11/2016

dell'Adunanza Plenaria con le varie pronunce giudiziali sotto riportate, passate in cosa giudicata formale.

Tali sentenze, in estrema sintesi, sono quelle di seguito elencate:

- i) la sentenza del T.a.r. per la Puglia, Sede di Bari, n. 2163 del 18 maggio 2004 (con la quale era stato respinto il ricorso presentato da una delle quattro imprese partecipanti alla ricerca di mercato, la cui proposta era stata giudicata inadeguata), in quanto tale sentenza avrebbe escluso la configurabilità, nel caso di specie, di un appalto pubblico di lavori, invece posta a base della statuizione della sentenza revocanda n. 11/2016; sicché quest'ultima sentenza si porrebbe in contrasto con il giudicato formatosi sulla menzionata sentenza del T.a.r. che, invece, avrebbe escluso che si verteva in una fattispecie di appalto pubblico di lavori;
- (ii) la decisione di ottemperanza n. 3817 del 31 luglio 2008 (cfr. testo integrale della sentenza sub 1.5.), con la quale la Quinta Sezione del Consiglio di Stato aveva constatato che il Comune di Bari non aveva ottemperato all'ordine giudiziale contenuto in altra decisione, la n. 4267/2007 e ritenuto altresì che la deliberazione di giunta comunale n. 61 del 4 febbraio 2008 fosse elusiva del giudicato di cui alla predetta decisione n. 4267/2007, con ciò escludendo (implicitamente, ma necessariamente) la necessità di un'ulteriore verifica dell'organo giudicante circa l'osservanza della menzionata disciplina nel procedimento in questione;
- (iii) l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 18375 del 19 agosto 2009 (cfr. testo integrale della sentenza sub 1.6.), in quanto l'ordinanza regolatrice della giurisdizione avrebbe implicato la verifica positiva della conformità dell'iter procedimentale sino ad allora svolto alla disciplina comunitaria e nazionale rilevante *ratione temporis* (anno 2003), sicché tale verifica doveva ritenersi compiuta, con pronunce passate in giudicato, in epoca anteriore all'emanazione della sentenza di ottemperanza n. 2153/2010, mentre nel paragrafo 48 della sentenza revocanda si era affermato, in contrasto con le statuizioni (implicite) della decisione n. 3817/2008 del Consiglio di Stato e dell'ordinanza n. 18375/2009 delle Sezioni Unite, che tale verifica dovesse essere effettuata solo nella fase successiva al giudicato, cioè anche alla sentenza di ottemperanza n. 2153/2010;
- (iv) la sentenza di ottemperanza 3 agosto 2011, n. 4710, della Quinta Sezione (cfr. testo integrale della sentenza sub 1.12.) che si era pronunciata sulla richiesta di chiarimenti formulata dal commissario ai sensi degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm., in quanto la stessa confermerebbe nei fatti che l'unica normativa di cui si chiedeva la verifica era la normativa comunale e, in particolare, la normativa urbanistica, e non già quella comunitaria e nazionale

relativa al settore delle pubbliche gare già vagliata nelle sopra richiamate pronunce passate in giudicato nel senso dell'inapplicabilità alla fattispecie in esame, non qualificabile sub specie di appalto pubblico di lavori;

(v) la decisione di ottemperanza della Quinta Sezione n. 2153 del 15 aprile 2010 (cfr. testo integrale della sentenza sub 1.9.), con la quale la sentenza n. 11/2016 dell'Adunanza Plenaria contrasterebbe nella parte in cui quest'ultima aveva ritenuto (al paragrafo 47) che la pronuncia di ottemperanza, con l'espressione «verificando, quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo e il quadro amministrativo comunale», avesse inteso riferirsi alla verifica di coerenza con la disciplina primaria, nazionale e comunitaria, del settore delle pubbliche gare;

(vi) infine, la sentenza di ottemperanza della Quinta Sezione n. 8240/2010 del 3 dicembre 2010 (cfr. testo integrale della sentenza sub 1.11.), in quanto, secondo l'assunto della ricorrente tale sentenza avrebbe, ancora una volta, confermato che era già stata positivamente vagliata dal giudice dell'ottemperanza, con efficacia di giudicato, la coerenza con la normativa nazionale e comunitaria in tema di pubbliche gare (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

Rileva preliminarmente in linea di diritto l'Adunanza plenaria che ai fini dell'integrazione del motivo revocatorio di cui all'art. 395, n. 5), c.p.c. devono concorrere, in via cumulativa, i seguenti presupposti:

- (i) il contrasto della sentenza revocanda con un'altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata sostanziale;
- (ii) la mancata pronuncia sulla relativa eccezione da parte del giudice della sentenza revocanda.

Sulla scorta di tale premessa la sentenza in commento ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per revocazione per una serie di complessi motivi che possono essere riassunti nei principi di diritto espressi dalla plenaria, in funzione, come già detto, non di nomofilachia, e riportati nelle seguenti massime.

* * *

1. Deve escludersi l'identità per oggetto tra la pronuncia ottemperanda resa all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato al fine del contrasto di giudicati revocatorio.

- a. Il principio è pacifico in giurisprudenza. Secondo la costante interpretazione del Consiglio di Stato, afferma la plenaria, infatti, qualora le sentenze poste a raffronto

costituiscano l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto fra giudicati è l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha dato dell'ambito della statuizione della sentenza da eseguire. Per tale motivo la richiesta di revocazione si risolve, in realtà, nel chiedere il riesame delle conclusioni, cui detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'espresso apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti amministrativi necessari per la sua corretta esecuzione. Deve pertanto, in tali ipotesi, escludersi l'identità per oggetto tra pronuncia ottemperanda che decide la controversia all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato¹. Diversamente, quando il contrasto con un precedente giudicato si riferisce ad una sentenza pronunciata nell'ambito dello stesso giudizio, il rimedio contro la violazione del giudicato c.d. interno è quello del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4), cod. proc. civ.². Infatti il ricorso per revocazione è inammissibile se il giudicato dedotto scaturisce da un giudizio di ottemperanza che, essendo funzionale al conseguimento in concreto, in favore del cittadino, del bene o dell'utilità astrattamente riconosciutigli in sede di cognizione, non va configurato quale giudizio diverso ed ulteriore intercorso fra le stesse parti, ma deve ascriversi ad una ipotesi di processo ancora in corso di svolgimento³.

- b. Peraltro quanto sin qui affermato viene ribadito dal consolidato orientamento del Consiglio di Stato secondo cui il contrasto di giudicati non può essere dedotto con riguardo a pronunce aventi diversità di oggetto, quali una pronuncia che decide nel merito il ricorso e quella emessa ai sensi dell'art. 27 n. 4 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 per stabilire il dovere dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato⁴.
- c. Inoltre l'Adunanza plenaria analizza la questione oggetto del suo giudizio anche nel solco della tesi tradizionale che configura il giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione ed esecuzione che dà luogo a un giudicato a formazione progressiva, anziché come giudizio di sola esecuzione, sia pure speciale, con poteri di merito del giudice di ottemperanza limitati alla sostituzione dell'amministrazione

¹ Giurisprudenza costante: Cons. Stato, Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2855; Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2015, n. 1997; Cons. Stato, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6330; Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 1999, n. 974.

² Cass. Sez. II, 8 gennaio 2014 n. 155; Sez. III, 21 febbraio 1972, n. 515; Sez. Un., 14 febbraio 1994, n. 1431.

³ Cons. Stato, 15/2855.

⁴ Cons. Stato 07/6156; id. 99/974; in termini analoghi, Cons. Stato 94/1799.

entro i limiti del giudicato formatosi sulla sentenza ottemperanda, con possibilità di proporre in esso esclusivamente azioni esecutive e con preclusione all'ingresso di aspetti cognitori non esaminati nel giudizio ordinario di cognizione definito con la sentenza ottemperanda (il che escluderebbe ab imis che le sentenze emesse nel giudizio di ottemperanza siano idonee ad assurgere ad autorità di cosa giudicata sostanziale).

2. *Il contrasto rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 395, n.5), c.p.c., non è configurabile in relazione a sentenze (o ad altri provvedimenti giudiziali a queste assimilabili) a mero contenuto processuale.*

- a. Tale principio di diritto viene espresso quale *obiter dictum* nella decisione in commento poiché giunge all'esito di un articolato ragionamento fondato su principi sostanzialmente pacifici in giurisprudenza, senza che tuttavia venga precisato il *proprium* della massima, né indicati precedenti sul punto.
- b. In particolare viene premesso che il presupposto *sub* (i) postula che tra i due giudizi (quello revocando e quello avente autorità di cosa giudicata) vi sia identità di soggetti e di oggetto, tale che tra le due vicende sussista una ontologica e strutturale concordanza degli estremi su cui si sia espresso il secondo giudizio, rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima. A tal fine, dovrà aversi riguardo ai limiti oggettivi del giudicato quali risultano determinati dal *decisum*, ossia alla questione principale decisa nel giudizio che sorregge causalmente gli effetti scaturenti dal dispositivo della sentenza – con la precisazione che l'individuazione del dispositivo sostanziale deve essere il frutto della lettura congiunta della parte-motiva e della parte-dispositiva della sentenza –, i quali, a seconda della natura della giurisdizione esercitata (di legittimità, esclusiva, di merito), potranno essere effetti di accertamento, di condanna o costitutivi/determinativi (questi ultimi, a loro volta, potranno essere annullatori-demolitori, ripristinatori e/o conformativi). Sul punto vi è giurisprudenza pacifica⁵ la quale afferma che ai fini dell'applicazione dell'art. 395, n. 5), cod. proc. civ., 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*.

⁵ V., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2008, n. 3816, e l'ivi richiamata giurisprudenza amministrativa e civile.

c. Ciò premesso, prosegue la plenaria, il contrasto, quale incompatibilità tra due pronunce decisorie che accertino e/o conformino in modo tra di loro antitetico (in tutto o in parte) una stessa situazione giuridica soggettiva, non può che manifestarsi in relazione a sentenze aventi un contenuto decisorio di merito, suscettibili di acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale (art. 2909 cod. civ.), per cui non è configurabile in relazione a sentenze (o ad altri provvedimenti giudiziali a queste assimilabili) a mero contenuto processuale. La ragione di tale affermazione risiede in ciò che, evidentemente, solo una statuizione contenente un accertamento di natura sostanziale, ossia di merito, è suscettibile di determinare i presupposti per un contrasto oggetto di giudizio revocatorio, laddove invece si sia in presenza di una mera pronuncia avente natura processuale detto contrasto non sarebbe nemmeno ipotizzabile.

3. *Il mancato rilievo dell'eccezione di cosa giudicata giustifica la proposizione della revocazione soltanto se la sentenza, assistita dall'autorità della cosa giudicata, sia stata pronunciata in altro separato giudizio, mentre, se la cosa giudicata promana da una sentenza pronunciata nello stesso giudizio, è garantita la rilevabilità anche d'ufficio (facendo i provvedimenti del giudice parte del fascicolo d'ufficio, ai sensi dell'art. 5, comma 3, allegato 2, cod. proc. amm.), sicché anche in tali casi l'eventuale violazione della cosa giudicata (al pari dell'ipotesi in cui l'interessato abbia eccepito il giudicato esterno, ma l'eccezione sia stata erroneamente respinta) si risolve in un error in iudicando (o, a seconda dei punti di vista, in un error in procedendo) sottratto al rimedio della revocazione.*

a. La plenaria ricorda come preliminarmente va rilevato, in linea di diritto, che ai fini dell'integrazione del motivo revocatorio di cui all'art. 395, n. 5), cod. proc. civ. devono concorrere, in via cumulativa, i seguenti presupposti:

- i. il contrasto della sentenza revocanda con un'altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata sostanziale; tale presupposto postula che tra i due giudizi vi sia identità di soggetti e di oggetto, tale che tra le due vicende sussista una ontologica e strutturale concordanza degli estremi su cui si sia espresso il secondo giudizio, rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima;
- ii. la mancata pronuncia sulla relativa eccezione da parte del giudice della sentenza revocanda. Il presupposto in esame richiede che il precedente giudicato formatosi sulle sentenze, con le quali la sentenza revocanda si

assume essere in contrasto, sia rimasto del tutto estraneo al *thema decidendum* su cui si sia pronunciata la sentenza revocanda.

- b. Ne deriva che, per le ragioni esposte sopra, nella fattispecie all'esame non sono configurabili giudicati esterni formati su sentenze pronunciate in separati giudizi che potessero dar luogo a un contrasto tra giudicati ai sensi della disposizione processuale invocata dalla ricorrente.
- c. Invero la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione sul tema, ha chiarito che il rimedio della revocazione per contrasto fra giudicati risulta ammissibile solo quando si faccia valere un giudicato risultante da un giudizio separato e sempre che, con la sentenza revocanda, il giudice non abbia pronunciato sulla relativa eccezione: è necessario cioè che si configuri un giudicato c.d. esterno. Diversamente, quando il contrasto con un precedente giudicato si riferisce ad una sentenza pronunciata nell'ambito dello stesso giudizio, il rimedio contro la violazione del giudicato c.d. interno è quello del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4), cod. proc. civ.⁶

4. *Il proprium del giudizio di ottemperanza si risolve nell'interpretazione della sentenza ottemperanda, scomponendosi la decisione da assumere in tale sede in una triplice operazione logica: a) di interpretazione del giudicato al fine di individuare il comportamento doveroso per la pubblica amministrazione in sede di esecuzione; b) di accertamento del comportamento in effetti tenuto dalla medesima amministrazione; c) di valutazione della conformità del comportamento tenuto dall'amministrazione rispetto a quello imposto dal giudicato.*

- a. Il principio espresso dalla massima in esame tocca uno dei punti centrali del diritto amministrativo, non solamente processuale, ma anche sostanziale. Ossia il problema del contemperamento tra i contrapposti interessi del privato, da una parte, al soddisfacimento delle sue legittime pretese e dell'amministrazione, dall'altra, al pieno e concreto esercizio della sua piena potestà. Tale problema si riflette inevitabilmente, sotto il profilo squisitamente processuale, sulla concreta individuazione dell'ambito oggettivo del giudicato amministrativo che il giudice dell'ottemperanza, nella fase esecutiva, è chiamato a risolvere. Vale la pena rammentare che la sentenza revocanda aveva affermato che le sentenze ottemperande, oggetto di quel giudizio, riconoscevano solo un obbligo di natura procedimentale, la cui ulteriore attuazione risultava, peraltro, ormai preclusa dall'insormontabile ostacolo rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13, la quale, intervenendo su un tratto di procedimento non investito dal giudicato, aveva avuto diretta

⁶ Cass. Sez. II, 8 gennaio 2014 n. 155; Sez. III, 21 febbraio 1972, n. 515; Sez. Un., 14 febbraio 1994, n. 1431.

applicazione prevalendo, secondo un criterio di successione temporale, sulla “regola conformativa” desumibile dalle sentenze amministrative rese dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nel corso della vicenda in oggetto (v. *supra* punti ii, iv, v e vi.).

- b. Tale questione si muove, ad avviso dell’Adunanza plenaria, tra il soddisfacimento dell’interesse sostanziale della parte e la salvaguardia della discrezionalità dell’amministrazione, quando la discrezionalità residui all’esito del giudizio. La problematica assume una accentuata rilevanza quando (come nel caso sottoposto all’esame della stessa Adunanza plenaria) si verta in materia di giudicato cognitorio sul silenzio, particolarmente esposto alle sopravvenienze, e si tratti di valutare l’incidenza della normativa europea (cui è equiparata la sentenza della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali) sull’attuazione del giudicato, tenuto conto che l’eventuale omessa considerazione di tale incidenza potrebbe dar luogo, ‘nei casi estremi’, al vizio di eccesso di potere giurisdizionale.