

Giudicato amministrativo, regolazione sopravvenuta e “giusto processo”* di Luigi Cannada Bartoli

Sommario: Introduzione. I Casistica: a) urbanistica, a.p. n. 1 del 1986; b) poteri dell'AEEG – disciplina dei prezzi del gas – compensazioni alle imprese elettriche; c) telecomunicazioni; d) urbanistica, a.p. n. 13 del 2008. II Spunti di riflessione: a) perplessità sul giudizio che non soddisfa stabilmente; b) affidamento; “giusto processo”; c) l'emergere dei diritti: limiti alla legge ed all'amministrazione; d) conclusioni.

Introduzione.

L'argomento, che attiene non solo alla giustizia amministrativa, ma anche alla procedura civile ed al diritto costituzionale, nel contesto del diritto comunitario e della giurisprudenza Cedu, richiederebbe ben maggiore analisi e documentazione. Vi sono tuttavia margini per una trattazione circoscritta, volta ad illustrare l'orientamento della giurisprudenza, indicare le ragioni per le quali esso non corrisponde appieno all'idea che il giudizio dev'essere satisfattivo, ed accennare una soluzione diversa.

A tal fine intendiamo esaminare i risultati cui giungono le sentenze, e le motivazioni addotte, più che i diversi temi teorici presupposti, tra i quali - oltre ai profili di diritto sostanziale di volta in volta oggetto delle decisioni considerate - menzioniamo, con il giudizio di ottemperanza, cui di seguito si accenna, la riserva di giurisdizione, intesa come principio generale in base al quale l'applicazione e l'attuazione della legge non possono essere sottratte al giudice, cui la Costituzione le ha affidate¹.

Si tratta di problematiche collegate a quella in esame, che tuttavia possono rimanere in secondo piano, per delimitarne lo svolgimento.

Per inquadrare il tema, si consideri che la regola posta dalla sentenza amministrativa, in particolare quando questa annulla l'atto amministrativo impugnato, può non essere esplicita e completa, e che la legge fa salvi, con riferimento all'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo, gli ulteriori provvedimenti della p.a. (art. 45 t.u. sul Cons. di St., r.d. n. 1054 del 1924.)².

(*) Il presente lavoro è destinato alla raccolta di studi in onore del professor Alberto Romano.

¹ L'espressione ricalca quella di F.G. PIZZETTI, Giurisdizione (riserva di), in *Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese*, 2006, p. 2740 ss., cui rinviamo per i riferimenti, limitandoci a richiamare C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, II, 1986, p.783, oltre agli Autori citati *infra*, note 17 e 18.

² Questi termini C. CALABRO', Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati, in *Enciclopedia Giuridica*, 2002, riprende da M. NIGRO, Giustizia amministrativa, Bologna 2002, a cura di E. Cardi e A. Nigro. Il giudicato amministrativo, nella sua efficacia oggettiva e soggettiva, è argomento tanto vasto quanto complesso, non oggetto di questo lavoro, se non per quanto richiesto di volta in volta da singoli punti, perciò ci limitiamo ad alcuni essenziali riferimenti. BENVENUTI F., Giudicato (diritto amministrativo) in *EdD.*, XVIIli carattere I, Milano, 1969, 893 ss., afferma che il “*giudicato ha da essere valutato come definizione dell'incontro e del collegamento tra due imperatività, quella della sentenza e quella del provvedimento amministrativo*”, e, con estrema chiarezza che “*il giudice amministrativo non conosce l'atto amministrativo nella sua interezza e quindi come inclusivo del rapporto fra l'amministrazione e il cittadino, ma solo il momento formale dell'atto che si riassume nel problema di validità.*”, a ciò ricollegando la previsione dell'art. 45 t.u. Cons. St. sopra citata, in base alla quale la sentenza fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Il rapporto tra giudicato e potere amministrativo, onde evitare che il successivo esercizio di questo vanifichi l'esito del giudizio è oggetto del lavoro di M. CLARICH, Giudicato e potere amministrativo, Milano, 1989, in particolare relativo

Dopo il giudicato può quindi essere necessaria ulteriore attività giurisdizionale volta ad assicurare il rispetto della sentenza, sia quando gli atti posti in essere non siano ad essa adeguati, ovvero si debba completare o esplicitare, in qualche misura, il comando in essa contenuto, sia, ancor prima, quando l'amministrazione prescinda del tutto dalla sentenza stessa.

Tale attività è oggetto del giudizio di ottemperanza³ (artt. 27 n.4, t.u. sul Cons di St., 37 l. Tar, n. 1034 /1971), nel quale gli atti posti in essere dalla p.a., ancorché in esplicazione di pubblici poteri, si possono contrapporre alla situazione giuridica soggettiva della parte che chiede l'attuazione della sentenza: al punto che, se adottati in violazione o elusione del giudicato, essi sono dichiarati nulli (art. 21 septies della legge n. 241/1990).

La norma, non chiara nell'ambito di applicazione, consolida un consistente orientamento giurisprudenziale, che ritiene nulli (e non solo annullabili) gli atti in integrale contrasto con il giudicato, ma non quelli espressione di un potere discrezionale che, sulla base della sentenza definitiva, residui all'amministrazione.⁴

La giurisdizione è di merito per assicurare la più fine sintonia, con la sentenza, degli atti posti in essere per attuarla.

Su questo sfondo di dialettica, propria del diritto processuale amministrativo, tra potere pubblico e situazione giuridica soggettiva della parte, veniamo al trattamento processuale del diritto sopravvenuto.

Questa tematica, oggetto di studio della procedura civile, è tradizionalmente filtrata, nel diritto amministrativo, dalla preminenza del (potere in quanto volto ad attuare il) pubblico interesse, che può diversamente atteggiarsi dopo la sentenza, o se si preferisce, dalla posizione della p.a. "*come struttura servente gli interessi della collettività e sempre tenuta ad applicarne le leggi*".⁵

Vi sono in proposito decisioni autorevoli, ma, nel complesso intreccio delle vicende concrete, i contrapposti interessi, o, meglio, i diversi orientamenti relativi ai principi in gioco, non sempre appaiono racchiusi in una soddisfacente valutazione d'insieme.

Vediamo, per maggiore chiarezza, alcuni esempi in tema di mutamento, dopo il giudicato, del quadro normativo: uno ormai classico, in materia urbanistica; altri, più recenti, relativi ai poteri regolatori di un'Autorità indipendente; un ulteriore esempio riguarda il c.d. effetto ripristinatorio del

ai vincoli che dal corretto modo di intendere il procedimento amministrativo, anche alla luce dell'esperienza normativa e giurisprudenziale tedesca, derivano alla successiva attività dell'amministrazione.

Più di recente, alcuni dei lavori del Convegno organizzato a Siena il 9-10 giugno 2006 dall'associazione italiana studiosi del processo amministrativo, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada – Bartoli **COSA GIUDICATA E PROCESSO AMMINISTRATIVO**, sono pubblicati in http://www.giustamm.it/new_2006/Atti_convegno_Siena.htm: V. CAPUTI JAMBRENGHI, Commissario ad acta e processo amministrativo; F. FRANCIOSI, Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza; F. SATTI, Brevi note sul giudicato amministrativo; M. LIPARI Giudicato e giudizi sommari; A. R. TASSONE, Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità"; M. IMMORDINO, M. C. CAVALLARO, La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies l. 241/1990. V. anche MARUOTTI, Il giudicato amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it; F. CARINGELLA, Il giudicato, in F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GIOVAGNOLI, V. POLI, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2008, p. 545 ss.. F. PATRONI GRIFFI, Giudicato amministrativo e ottemperanza, in *Codice della Giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 79 ss..

³ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 876 ss.; BINI, *Giudicato e ottemperanza*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di CLARICH e FONDERICO, Milano, 2007; CARINGELLA, Il giudizio di esecuzione, in F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GIOVAGNOLI, V. POLI, *Manuale cit. p. 579 ss.*; R. Garofoli – S. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, p. 1574 ss.; D. F. G. TREBASTONI, Il giudizio di ottemperanza: difficoltà pratiche e proposte di riforma, 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, 2006, p. 471 e da ultimo Cons. St. n. 3557/2008, con indicazione di precedenti.

⁵ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., 2006, p. 564

giudicato, l'ultimo, che si ricollega al primo, è offerto dall'a.p. del Consiglio di Stato n. 13 del dicembre 2008.

Seguono alcune sommarie considerazioni, volte in prima approssimazione a prospettare una più ampia indagine (ed i suoi possibili sviluppi).

I Casistica: a) Urbanistica, a.p. n. 1 del 1986.

Nel settore della pianificazione territoriale, il mutamento dello strumento urbanistico è ritenuto prevalente, nei limiti esposti *infra*, rispetto a giudicati amministrativi favorevoli al privato interessato, ma basati sul piano precedentemente in vigore (a.p. n. 1/1986, richiamata tra l'altro dall'a.p. nn. 4/1994, 2/1998 prima che dall'a.p. n. 13/2008).

Nel caso deciso da a.p. 1/1986, dopo un primo diniego di concessione edilizia, dichiarato illegittimo, vi fu un secondo diniego, anch'esso impugnato, basato sullo strumento urbanistico sopravvenuto, entrato in vigore prima che sull'illegittimità del primo diniego si formasse il giudicato.

Chiamata a decidere alla luce di quali prescrizioni urbanistiche fosse da valutare il secondo diniego, l'a.p. ritenne applicabile la disciplina urbanistica vigente al momento del nuovo esame della domanda di concessione (o in cui questa, trattandosi di silenzio rifiuto, viene per la prima volta considerata).

In altri termini, il Cons. St. affermò la prevalenza dello *jus superveniens*, con due temperamenti: il primo, l'inopponibilità, al privato che abbia ottenuto il giudicato favorevole, delle variazioni dello strumento urbanistico successive alla notifica all'Amministrazione della sentenza passata in giudicato; il secondo, il dovere dell'Amministrazione, su apposita istanza, di valutare se possa apportarsi al piano una variante che recuperi la previsione abrogata, su cui originariamente si fondava la domanda di concessione.

La decisione afferma che in materia si affrontano, più che interessi, principi di ordine etico-sociale oltre che giuridico, ed appare diretta al loro ragionevole temperamento.

Essa tuttavia non risulta appagante, più che per l'adesione al maggioritario orientamento favorevole all'applicazione dello *jus superveniens*, in ragione dei temperamenti ammessi.

La rilevanza attribuita alla notificazione della sentenza favorevole all'interessato non sembra infatti adeguatamente ancorata al contesto normativo (né in mancanza di notificazione potrebbe ritenersi l'Amministrazione insensibile agli effetti della sentenza); il dovere dell'Amministrazione di valutare discrezionalmente se modificare il piano appare invero di poca soddisfazione per l'interessato.

Affermare senza sfumature la prevalenza del diritto sopravvenuto sarebbe stato forse più impegnativo, ma più lineare; l'impressione sintetica è che i temperamenti derivino da un margine di valutazione assai ampio che il giudice si attribuisce, ponendo la soluzione in ultima analisi su un piano equitativo, che quasi si sostituisce, interrompendolo, al confronto tra i contrapposti principi rilevanti.

b) Poteri dell'AEEG

- disciplina dei prezzi del gas

Non meno complessa è la questione che riguarda il potere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) di regolare i prezzi del gas; la sussistenza del potere era stata esclusa, in ragione dell'avvenuta liberalizzazione del mercato, da alcune sentenze (su ricorsi di diversi operatori del settore avverso la delibera AEEG 248/2004) del Tar di Milano (tra le altre nn. 3716 e 3718 del 2005), passate in giudicato per la tardività degli appelli principali e l'inammissibilità di quelli incidentali e delle opposizioni di terzo (Cons. St. a.p. nn. 1 e 2 2007); essa fu invece,

successivamente ammesso da una sentenza del Cons. St. (n. 3352/2006), anch'essa passata in giudicato, relativa alla stessa deliberaz. AEEG 248/2004.

Una successiva sentenza del Cons. St. (4896/2007) su appello dell'AEEG avverso Tar Milano 3700 del 2005 (che pure annullava, su ricorso di altro operatore economico, la cit. del. 248/2004), ha accolto l'eccezione dell'appellato di difetto sopravvenuto di interesse, essendo ormai acclarato il passaggio in giudicato delle sentenze nn. 3716 e 3718 del TAR Lombardia, di annullamento.

Essa ha affermato però che *"Tanto detto in merito al giudizio sull'atto visto nella sua portata concretamente precettiva, la Sezione, con riguardo alla conformazione del rapporto in relazione all'astratta sussistenza del potere regolatorio, deve confermare la motivazione della propria precedente decisione n. 3352/2006, secondo cui l'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati..."*.

Richiamate le ragioni di merito della sentenza 3352 cit., seguita la decisione n. 4896: *"La portata di tale decisione, concernendo il profilo della sussistenza del potere in astratto, soddisfa un interesse dell'appellante non scalfito dal dedotto previo passaggio in giudicato delle citate sentenze del Tribunale di prime cure volte all'annullamento del provvedimento di che trattasi."*

Già da un profilo meramente argomentativo, una sentenza di inammissibilità con *obiter dicta* così sostanziali suscita qualche perplessità.

Non occorre entrare nel merito, poi, per osservare che questa affermazione non si concilia facilmente con quella del Tar Milano 3718 2005, che nell'annullare la deliberaz. AEEG 248 affermava invece *"...l'emanazione della legge n. 239/04 ha determinato l'esaurimento dei poteri dell'Autorità medesima rispetto alle attività libere nel settore, avendo il legislatore ritenuto esaurita la fase di "transizione protetta" dal mercato vincolato a quello libero..."*.

Tralasciamo qui altri profili pur degni di approfondimento; tra gli altri che, in questo caso, si finisce per ritenere prevalente la seconda decisione (del Cons. St.), rispetto alla prima (del Tar), entrambe in giudicato, sulla validità dello stesso atto, in giudizi con parti non coincidenti.

Invece, come è stato osservato da un commentatore⁶ *"... si ritiene possa valere per le sole parti il principio giurisprudenziale secondo cui, se non è tempestivamente azionato il rimedio della revocazione, il contrasto tra giudicati va risolto a favore del secondo in ordine di tempo (Cass. Civ., Sez. I, n. 2082/2002; Cons. St., Sez. V, n. 3239/2003)."*

Tralasciamo altresì che un successivo intervento legislativo non è bastato a rendere incontestabile il potere regolatorio in questione. Il d.l. 73/07, conv. in l. n. 135/2007, che espressamente attribuiva tale potere all'AEEG anche dopo il luglio 2007, è stato ritenuto dal Tar Milano (1877 2008) *"natura di norma ricognitiva di un potere già esistente e di conferma della sua permanenza anche dopo la scadenza del 1 luglio 2007, a decorrere dalla quale tutti i clienti debbono ritenersi "idonei"; tale norma, in relazione alla sua applicabilità a vicende anteriori, è stata dal Tar ritenuta contestabile in astratto sotto il profilo dello jus superveniens, ex art. 117.1 Cost (giusto processo), ma poi rinviata alla CGCE ex art. 234 Tratt. sotto altro profilo, involgendo direttamente il rapporto con i principi stabiliti da una direttiva europea (la 2003/55) self executing in ordine alla data del 1° luglio 2007, prevalente sull'ordinamento interno.*

Limitiamoci ad osservare che il giudicato del Tar Milano escludeva la sussistenza del potere regolatorio dell'AEEG oltre una certa data, e che invece la successiva contraria decisione del Cons. St. afferma la prevalenza di opposte ragioni di natura sostanziale, ma nel farlo rilegge la decisione del Tar comprimendone oltremisura il significato.

- compensazioni alle imprese elettriche minori

⁶ (FERLA, Il contenzioso relativo alla deliberazione AEEG n. 248/2004..., in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007)

Introduce un altro aspetto della questione Cons. St. 399/2004 in materia di prezzi dell'energia elettrica.

Si tratta, in sintesi estrema, e senza dar conto di alcuni giudizi pregressi, delle compensazioni a carico della Cassa Conguaglio per il settore elettrico, fissate con atto amministrativo, a favore di imprese minori che producono e distribuiscono elettricità, per di più sulle isole, con costi relativamente più elevati, non compensati dalle tariffe unificate imposte.

L'AEEG, con delib. n. 48/1998 determinava le compensazioni per gli anni '91-'95 riconoscendo non l'utile di impresa, ma solo la remunerazione del capitale investito oltre gli oneri finanziari dell'indebitamento.

Su ricorso delle imprese interessate il Tar Lombardia, con sentenze 588-590 del 2000, passate in giudicato, annullava parzialmente, stabilendo dovesse riconoscersi anche l'utile di impresa, in base alla valutazione ed all'elaborazione tecnica dell'Autorità.

La nuova delibera n. 63/2002 veniva impugnata dalle imprese, tra l'altro per violazione del giudicato (Tar Lombardia 588-590), dell'art. 97 Cost., dei principi di ragionevolezza, del giusto procedimento e dell'affidamento, in quanto essa remunerava il patrimonio netto ma riduceva un'altra componente dell'integrazione, (gli ammortamenti anticipati), consolidata nelle precedenti erogazioni e non travolta dal giudicato, con una diminuzione, in ultima analisi, delle compensazioni corrisposte.

Il Tar (Lombardia, n. 622/2003) respinge il ricorso, ritenendo, tra l'altro, che la delibera impugnata non costituisca, sul punto della valutazione dei costi economici sostenuti dalle imprese del settore, attuazione del giudicato, che lasciava impregiudicate le questioni attinenti ai criteri per la definizione della tariffa. La regola per cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile vale solo in relazione alle questioni che costituiscono il presupposto necessario ed imprescindibile della pronuncia; invece, secondo il Tar, la questione inerente al riconoscimento degli ammortamenti anticipati non si configura quale premessa logica essenziale alla pronuncia; inoltre nella sentenza passata in giudicato era stato altresì statuito che l'amministrazione non era vincolata a tener fermi i previgenti criteri istruttori nel rinnovare l'istruttoria.

Quanto all'affidamento, la sentenza rileva che le scansioni procedurali precedenti riguardano la corresponsione di acconti, dai quali non può sorgere alcun legittimo affidamento; che l'esercizio rinnovato del potere, anno per anno, esclude la rilevanza dell'affidamento, avvenendo puntualmente anno per anno la definizione della integrazione tariffaria, con conseguente esercizio di poteri istruttori e non di autotutela.

Il giudice d'appello (Cons. St. n. 399/2004 cit.) sul punto del giudicato non si discosta dal Tar.

Ritiene, invece, sussistente un sostanziale difetto di ragionevolezza ed una violazione del giusto procedimento.

Infatti proprio perché il sistema tariffario è improntato alla necessità di garantire criteri predefiniti non si può - nella rinnovazione dell'istruttoria, a distanza di anni dal termine previsto (sia pure ordinario) - rimettere in discussione, retroattivamente, i criteri già in precedenza predeterminati e mai rivisti o discussi nel corso dei giudizi in precedenza svoltisi; tali criteri, mai contestati, sono stati oggetto di legittimo affidamento delle imprese, per l'auspicato riconoscimento di una componente autonoma di utile.

Più in dettaglio *"l'esigenza di non sconvolgere l'equilibrio organizzativo e finanziario nell'ambito del quale si erano mosse le imprese interessate dalle integrazioni tariffarie, ed il carattere predeterminato, obiettivo e razionale dei parametri di riconoscimento dei costi svantaggiati, consente di ritenere, in ragione del divario temporale fra la tempistica prevista dalla normativa di riferimento e l'azione amministrativa che l'Autorità, non possa ormai rimodulare le istruttorie già compiute se non allo stretto scopo di riconoscere l'utile d'impresa, in esecuzione del giudicato.*

In conseguenza dell'accoglimento per le ragioni prima esposte del primo motivo di ricorso può essere assorbito il terzo motivo, imperniato sulla violazione dei principi di affidamento e di autotutela in sostanza già considerati nell'accoglimento del primo motivo".

In altri termini, la variazione retroattiva dei criteri sui quali le parti si erano regolate, e che avevano superato il tempo trascorso ed i giudizi precedenti era irragionevole, ancorché essi non fossero oggetto di contestazione. L'assorbimento del motivo sull'affidamento era quindi più apparente che effettivo.

Il potere di provvedere per il passato quindi trovava un limite sostanziale, rilevante nel rapporto con le parti, con una precisa caratterizzazione formale: l'illegittimità era data non dalla motivazione adottata dall'AEEG, ma dalla retroattività nell'applicazione del nuovo criterio.

c) Telecomunicazioni

Nel quarto caso, per qualche aspetto opposto a quelli sin qui considerati, e che riguarda l'interpretazione, o, meglio, l'integrazione del giudicato, l'impressione è che non si sia tenuto pienamente conto di quanto il primo giudice aveva – bene o male – deciso.

Con l'articolo 20 L. n. 448/98 veniva istituito a carico dei concessionari di servizi di telecomunicazioni pubbliche un contributo sulle attività di installazione e fornitura delle reti, commisurato al fatturato dell'anno precedente; la disciplina attuativa era dettata con d.m. 21 marzo 2000.

Il Tar del Lazio, accogliendo ricorsi di operatori del settore che chiedevano l'annullamento del d.m. cit. e la restituzione del contributo versato "*... per gli effetti, annulla l'impugnato decreto ministeriale*" (Tar Lazio, n. 46/2005, *Wind*, altre identiche per altre società telefoniche).

Il dispositivo della sentenza non fa cenno alla restituzione del contributo.

La Società, dopo averla chiesta invano, agisce in ottemperanza; il giudice accoglie e l'Avvocatura dello Stato impugna per violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost. e degli artt. 27, n. 4 r.d. n. 1054/1924 e 37 legge n. 1034/1971, ed insufficiente, contraddittoria ed illogica motivazione su punti decisivi della controversia, eccependo l'inammissibilità del ricorso in ottemperanza "*in quanto preordinato a conseguire l'adempimento, da parte delle amministrazioni stesse, di un obbligo, quello restitutorio delle somme pagate ai sensi del d.m. 21 marzo 2000, non riconosciuto nella sentenza n. 46 del 2005, di cui era stata domandata l'esecuzione*".

Il Consiglio di Stato respinge l'impugnazione, affermando che l'Avvocatura non teneva conto del c.d. effetto ripristinatorio della sentenza, che "*implica la cancellazione delle modificazioni della realtà (giuridica e di fatto) intervenute per effetto dell'atto annullato e cioè l'adeguamento dell'assetto di interessi esistente prima della pronuncia giurisdizionale e venuto in vita sulla base dell'atto impugnato, alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa*"; ... "*la sentenza di annullamento impone direttamente all'Amministrazione l'obbligo di compiere le necessarie ripristinazioni e di uniformare l'attività di riesercizio del potere alla regole di azione poste e confermate dalla pronuncia. Ciò vale a maggior ragione oggi, alla luce della tendenza legislativa e giurisprudenziale degli ultimi anni sempre più attenta (al di là della legittimità formale del provvedimento) al contenuto del rapporto sostanziale che lega l'Amministrazione e il privato.*".

Anche in questo caso, come in Cons. St. n. 4896/2007 relativa all'AEEG, il giudice si riferisce al rapporto sostanziale che lega l'Amministrazione e il privato, ma anche qui sorge il dubbio che egli non tenga conto adeguatamente di quanto (non) deciso nel primo giudizio.

A ns. avviso va considerato che il Tar ha sì annullato, ma senza stabilire la restituzione dei contributi versati. L'effetto (o contenuto) ripristinatorio è proprio del giudicato, ma se la sentenza non dispone, non ci sembra così chiaro che si possa in tal misura integrare la pronuncia del giudice.

Parrebbe trattarsi di un caso di non corrispondenza della pronuncia alla domanda. A ns. avviso, se la Società avesse chiesto solo l'annullamento, il Tar non avrebbe potuto imporre la restituzione; similmente, la decisione sul solo annullamento, che invero non corrisponde alla domanda, non comporta automaticamente la restituzione del contributo.

O si integra *per relationem* il contenuto dispositivo della decisione, ovvero giungere allo stesso risultato per principi sembra non pienamente rispettoso del *dictum* giurisdizionale. Non è in discussione la legittimità sostanziale della pretesa restitutoria, ma l'idoneità della sentenza, per come emessa, a costituirne fondamento.

In questo senso, ci sembra che la portata della decisione non sia stata rettamente intesa, e che la parte pubblica abbia subito pregiudizio da un'inadeguata considerazione di quanto deciso, da una dilatazione, nel caso in esame, dei vincoli posti dalla sentenza del Tar.

d) Urbanistica, a.p. n. 13 del 2008.

Di grande complessità e durata, di nuovo in materia urbanistica, è la vicenda oggetto della recente a.p. del Cons. St. n. 13 del 2008 (in www.giustizia-amministrativa.it), che consideriamo nel solo profilo del diritto sopravvenuto, prescindendo dalle questioni e dai giudizi relativi al risarcimento dei danni.

Si muove da una convenzione di lottizzazione stipulata nel 1971 tra un comune lombardo ed una società, cui con provvedimento del 1975, annullato dal Tar (Lombardia, n. 800 del 1979), viene negata la licenza di costruire; con il PRG del 1981 la Regione, a modifica di norme tecniche del piano adottato, aveva restituito all'area una certa edificabilità; segue un ulteriore diniego emesso dal Sindaco nel 1980, annullato per incompetenza dal Tar, con sentenza n. 385 del 1985, che annullava altresì il PRG per non aver tenuto conto della convenzione di lottizzazione, e che veniva confermata dal Consiglio di Stato (n. 3 del 1988). Dopo una diffida senza esito, il ricorso per ottemperanza viene accolto dal Tar, ma la decisione del Commissario *ad acta* non è approvata dalla Regione: perciò vengono presentati nuovi ricorsi contro questo diniego regionale di approvazione, per ottemperanza e di legittimità, che sono unificati e respinti dal Tar (n. 1146 del 1995), con sentenza poi annullata dal Consiglio di Stato (n. 2952 del 2000), passata in giudicato dopo impugnazioni per revocazione e per motivi inerenti alla giurisdizione.

Di conseguenza, dopo ulteriori diffide della Società a Comune e Regione viene "ripreso" il giudizio di ottemperanza, su cui il Tar decide con sentenza n. 217 del 2007, con appello rimesso all'a.p. n. 13 del 2008.

In questa decisione il Tar, con riferimento ad un piano paesistico (sopravenuto alla sentenza del Cons. St. n. 2952 del 2000) aveva affermato (citando, tra le altre, Cons. St. n. 7843 del 2004): *"Poiché peraltro nel frattempo è intervenuta l'approvazione del piano paesistico regionale, con delibera n° VII/ 197 del 6 marzo 2001, il Commissario dovrà valutare la possibilità di esecuzione alla luce del piano paesistico.*

Un giudicato che riconosca in capo ad un soggetto lo "jus aedificandi" in relazione a sole norme urbanistico - edilizie, non è opponibile nei confronti di una normativa sopravvenuta di carattere paesistico - ambientale, preclusiva dell'edificazione."

Il Tribunale aveva quindi avuto cura di evidenziare per quali ragioni un giudicato in materia urbanistica non precludeva gli effetti del sopravvenuto piano paesistico. Non entriamo nel merito, ma osserviamo che questa valutazione, sia pure in termini formali, rispetta il giudicato, perché basa la prevalenza delle norme sopravvenute su una distinzione attinente al contenuto dei loro effetti rispetto al contenuto della sentenza.

L'appello, rimesso alla Plenaria, lamentava che il sopravvenire di nuove disposizioni amministrative a carattere generale rimettesse continuamente in contestazione la pretesa del privato,

fondata sul giudicato; ciò rendeva incerta la posizione del beneficiario del giudicato favorevole, senza consentire mai di individuare esattamente il contenuto dell'obbligo di adempimento.

Il Cons. St. al riguardo afferma (n. 6.3, pag. 48): *“Nella specie non è necessario affrontare la complessa tematica della rilevanza dello jus superveniens con riferimento alla valenza dei successivi strumenti paesaggistici, atteso che il primo de quo è stato approvato prima che la sentenza che ha riconosciuto il titolo alla edificazione fosse passata in giudicato. Detta disciplina paesaggistica era certamente opponibile all'originaria ricorrente, nell'ambito del giudizio di ottemperanza successivamente riattivato, atteso che la decisione n.2592 del 2000 ha assunto valore di giudicato, divenendo cioè “definitiva” e “resistente” allo jus superveniens, solo a seguito della sentenza delle SS.UU. della Cassazione 19 aprile 2002, n.5730, che ha respinto il ricorso per difetto di giurisdizione proposto avverso la decisione stessa della Quarta. Ne discende che correttamente il Tar ha tenuto conto del sopravvenuto piano paesaggistico, ai fini ordinatori dell'attività di esecuzione posta a carico del Commissario ad acta nuovamente nominato, onde l'appello ora esaminato deve considerarsi infondato.”*

Questa decisione giunge allo stesso risultato della sentenza del Tar, ma con un'altra motivazione, che espressamente considera l'inottemperanza al primo giudicato, e che si basa sull'antiorità del piano paesistico, del 2001, rispetto al passaggio in giudicato della decisione del 2000, definitiva solo con la Cassazione del 2002 sulla giurisdizione.

Le questioni trattate sono di grande complessità, ma la soluzione non ci sembra appagante, poiché il piano sopravviene dopo la nomina di un commissario *ad acta* nominato per l'inottemperanza della p.a., in prossimità del formarsi di un giudicato ulteriore, sicché ci sembra che il principio sopra esaminato, posto da a.p. n. 1/1986, venga qui esasperato e portato oltre il limite.

Anche in termini più generali, del resto, il susseguirsi di norme statali e regionali, nonché di impugnazioni, sia della società - inizialmente volte all'affermazione della pretesa edificatoria, progressivamente al risarcimento di quanto non più conseguibile tramite l'esecuzione delle decisioni favorevoli - sia di Regione e Comune, nei venti anni trascorsi dal primo giudicato favorevole che la società aveva ottenuto alla decisione dell'a.p., evidenzia, a ns. avviso, il problema dell'esposizione della tutela giurisdizionale ai successivi atti del potere pubblico.

II) Spunti di riflessione

a) Perplessità per il giudizio che non soddisfa stabilmente

Appare perciò utile una riflessione sugli effetti del giudicato, per esigenze di certezza del diritto, e, in particolare, per chiarire quali limiti esso ponga al potere pubblico che regoli vicende oggetto del giudizio; va evitato infatti che la lunghezza del procedimento giurisdizionale vada a vantaggio di una parte, o, se si preferisce, che il lento ma costante incedere del potere, nella molteplicità degli atti che ne costituiscono esercizio, lo renda irraggiungibile dalla giurisdizione, quasi come nel paradosso di Zenone.

L'inesauribilità del potere pubblico appare tra le spiegazioni principali, se non la fondamentale, dell'ordine di idee schematicamente riportato in base al quale il giudicato copre un episodio di esercizio del potere, non successivi episodi in cui il potere venga esercitato, episodi *“condizionati tanto dal mutare della realtà quanto dal mutare dell'ordinamento”*(V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 569); ed è in questo senso, se ben comprendiamo, che la p.a. deve, nell'esercitare il potere, applicare il diritto vigente nel momento in cui esso viene esercitato.

Tale orientamento ci sembra però stimoli qualche pur rapido interrogativo.

Quanto al potere, c'è da chiedersi se la sua titolarità e la sua inesauribilità in astratto non siano conciliabili, più di quanto si sia portati a ritenere, con limiti nel caso concreto derivanti da una sentenza del giudice.

In contrario potrebbe opporsi che l'interesse pubblico per definizione non può ritenersi immutabile, e quindi deve essere adeguatamente "protetto" nel suo divenire, anche nei confronti di una decisione giurisdizionale passata in giudicato, poiché altrimenti l'utilità di uno andrebbe in danno di quella della collettività, così come individuata nei modi a tal fine previsti dall'ordinamento.

Ci chiediamo però, sintetizzando a costo di qualche forzatura, se davvero l'interesse pubblico sia così volatile, mutevole, da non tollerare di esser stabilmente definito, delimitato nei confronti dell'interessato, in contraddittorio tra le parti davanti al giudice; o se, invece, in ultima analisi, tale elasticità, flessibilità, non si riveli dannosa proprio per la collettività, per quanto consente in ultima analisi al volere collettivo di sostituirsi a sé stesso in termini che rischiano di incorporare, per converso, il rischio dell'effimero o dell'arbitrario, o quanto meno, dell'instabilità.

Da altra prospettiva, ci chiediamo se davvero sia appagante la concezione del processo sottesa all'ordine di idee in questione, ovvero se essa non lasci margini d'insoddisfazione, quasi istintivi⁷ ma non per questo privi di razionalità: suscita dubbi, cioè, l'idea che quanto con il processo ottenuto sia poi esposto al mutamento normativo, primario e secondario, o, meglio, al nuovo esercizio del potere.

La risposta tradizionale vuole il processo amministrativo come giudizio sull'atto e non sul rapporto, ma proprio la sentenza del Cons. St. sul caso AEEG "*...la Sezione, con riguardo alla conformazione del rapporto in relazione all'astratta sussistenza del potere regolatorio, deve confermare la motivazione della propria precedente decisione n. 3352/2006, secondo cui l'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati...*" porta a chiedersi sino a qual punto tale distinzione sia rigorosamente utilizzata, e, soprattutto, se davvero dal giudicato non nascano preclusioni utili alla soluzione della tematica.

Da qui la questione che ci sembra centrale.

La p.a. deve applicare la legge vigente al momento del nuovo esercizio del potere.

Ci chiediamo però se davvero questa legge - ossia la norma, primaria o secondaria, ovvero la statuizione contenuta in un atto generale formalmente non normativo - legittimamente possa "superare", pur con qualche temperamento, ciò che il processo ha riconosciuto all'interessato con sentenza passata in giudicato.

In altre parole, non è chiaro, a ns. avviso, se questa assenza, o limitatezza, di vincoli al nuovo esercizio del potere dopo la sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato sia così consistente, reale, legittima, o se non si debba, invece, tener conto di qualcos'altro, che circoscrive e limita il dispiegarsi del potere rispetto alla sentenza.

La questione si pone in termini di rapporto tra potere pubblico (amministrativo, ma non riteniamo che sotto questo profilo il potere legislativo sia dissimile) e funzione giurisdizionale, intesi entrambi come esplicazione della sovranità statale, e di analisi dei limiti che al potere derivano dall'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ossia, potrebbe risultare che una vicenda, una situazione concreta, oggetto dell'esplicazione della funzione giurisdizionale non sia esposta al successivo svolgimento del potere pubblico (diciamo amministrativo, ma non solo) così come lo sarebbe una situazione concreta non oggetto di valutazione da parte del giudice amministrativo.

Riterremmo cioè che il giudizio, sia pure su un singolo atto - tra la p.a. da una parte e il destinatario degli effetti dell'atto stesso dall'altra - abbia di per sé la funzione di conferire utilità stabili, e non

⁷ E. Cannada-Bartoli, Processo con pluralità di giudicati e di ottemperanza, in *Foro Amm.vo*, 1983, I, 624 segnala l'esigenza di evitare nel processo amministrativo una vittoria "*che giovi al vinto, e al vincitore annoi*" citando ARIOSTO, *Orlando Furioso*, XX, 124, 8.

precarie (cfr. art. 117 Cost., cui si tende a ricollegare il principio del giusto processo ampiamente elaborato dalla giurisprudenza CEDU citata *infra*).

b) Giusto processo e affidamento.

Abbiamo visto del resto che limiti al potere amministrativo possono derivare dall'affidamento del privato sulla stabilità degli effetti favorevoli degli atti con i quali il potere stesso è esercitato.

Tale affidamento si presenta *prima facie* come particolarmente qualificato quando sia relativo ad utilità riconosciute in decisioni definitive del giudice amministrativo, ma può rilevare anche con riferimento alla regolazione sopravvenuta di aspetti non coperti dal giudicato (cfr. Cons. St. 399/2004, cit.).⁸

Non intendiamo, tuttavia, esaminare in via principale i rapporti sostanziali, ossia le utilità riconosciute dal processo e le situazioni soggettive relative al contenuto del potere esercitato dalla p.a., cioè il rapporto di questo con il bene della vita oggetto dell'interesse del privato.

Muoviamo invece da una prospettiva diversa, in un certo senso più formale e meno attinente al diritto materiale, relativa alla stabilità degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo, e ci occuperemo del contenuto materiale di tali effetti per quanto a questi fini necessario.

L'affidamento sulla stabilità degli effetti dell'atto che sia espressione di sovranità in ultima analisi include una serie di valutazioni sulla credibilità dell'esercizio del potere.

In questo senso si può prospettare la rilevanza della sentenza passata in giudicato anche come giudizio ultimo sugli atti di esercizio del potere.

Ciò vuol dire non che con la sentenza il giudice si sostituisce all'amministrazione, bensì che essa delimita il margine di valutazione dell'amministrazione stessa, in relazione alla pretesa di accertamento esercitata dal privato con l'azione in giudizio.

E' chiaro però che questa ricostruzione non può risolversi tutta all'interno del sistema come tradizionalmente si tende a ricostruirlo, ma presuppone una diversa lettura complessiva dell'utilità dell'azione in giudizio, rispetto a quella espressa, se non andiamo errati, negli esempi riguardanti l'urbanistica ed il prezzo del gas.

L'ordine di idee cui facciamo riferimento è quello della CEDU sull'effettività della tutela giurisdizionale, che (si collega, tra i temi sopra richiamati, in primo luogo a quello della riserva di giurisdizione e) viene espresso in una pluralità di profili, tra i quali, anzitutto, il diritto di ogni cittadino non solo ad essere giudicato da un tribunale (secondo il dettato dell'art. 6 Conv. EDU) ma anche all'attuazione delle decisioni giudiziarie definitive; diritto questo che si oppone, *prima facie*, a modifiche normative aventi effetti su giudizi già definiti.

E' quanto rilevato dal Cons. St. in ord. n. 373 del 2006, che con riferimento a decisioni della Corte EDU ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità sulle disposizioni contenute nell'art. 7-quater della legge n. 43 del 2005, che ha tra l'altro previsto l'estinzione dei giudizi di ottemperanza proposti nei confronti dell'azienda ospedaliera Policlinico Umberto I per debiti della soppressa omonima azienda universitaria.

La Corte (n. 364 del 2007) ha accolto, per contrasto con gli artt. (102 e 113), ritenendo violate “*le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti*”, nonché con gli artt. 3, 24 Cost. , “*in quanto [le disposizioni] in parte vanificano i risultati dell'attività difensiva svolta, sulla cui definitività i creditori del Policlinico Umberto I potevano fare ragionevole affidamento*”.

Opposto, come noto, in una singolare fattispecie, l'orientamento espresso dalla CGCE in C-119/05 “*Lucchini*”, secondo cui l'art. 2909 c.c., che sancisce il principio dell'autorità di cosa giudicata, non va applicato se impedisce il recupero di un aiuto di Stato dichiarato incompatibile con il mercato

⁸ In argomento F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

comune da una decisione definitiva della Commissione CE, poiché in materia i giudici nazionali sono privi di competenza.

Ossia, il giudicato ottenuto nell'ordinamento interno sarebbe cedevole ove impedisca il recupero di un aiuto di Stato, ritenuto da una decisione definitiva della Commissione in contrasto con il diritto comunitario.

La peculiarità del caso attenua solo in fatto la rilevanza della decisione, che appare incompatibile con gli artt. 24 Cost. e 6 CEDU nonché, per chi non condividesse le conclusioni dell'Avv. Generale nella causa citata, con il principio dell'affidamento sulla stabilità delle decisioni giudiziarie.

L'Avv. Gen. aveva affermato che il giudicato basato solo sul diritto nazionale, ed in cui l'applicazione del pertinente diritto comunitario era stata "*ecartée de façon flagrante*", non poteva ostacolare le competenze esclusive della Commissione in materia di aiuti di Stato, ed il fatto che Lucchini non potesse in alcun modo invocare l'esigenza di proteggere un affidamento legittimo era a suo avviso argomento del tutto accessorio.⁹

⁹ (RUFFERT, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 479 ss., prima della *Lucchini*, commentando CGCE in C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, sottolinea che l'unica ragione per l'approccio in qualche misura superficiale della CGCE sulla *res judicata* risiede nei continui problemi relativi alla non osservanza di elementari regole e principi comunitari, ma conclude esprimendo la speranza che la Corte voglia astenersi dal porre in discussione ciò che è necessario per una retta amministrazione della giustizia.

Critico sulla decisione "Lucchini" V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea, XVII Congresso italo-spagnolo de Profesores de Derecho Administrativo – Zaragoza, 23-25 octubre 2008*, poiché "...l'osservazione della disciplina processuale, nonché l'assenza di strumenti espressamente deputati alla soluzione dei conflitti in ambito intracomunitario, sembrano non consentire alcuno spazio derogatorio alla disciplina del giudicato." ; questo in quanto, da un lato, l'istituto del conflitto di attribuzione, sicuramente attivabile in caso di straripamento del potere giurisdizionale in materia riservata ad altro potere dello Stato, e "pur auspicabile in una prospettiva di evoluzione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno in senso monistico, non è allo stato concepibile nell'ambito di detti rapporti"; dall'altro, istituto corrispondente (alla lontana) nell'ambito del diritto processuale comune, può essere "il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione" (art. 41, 2° co., cod. proc. civ.: c.d. conflitto di attribuzione); <<in tal caso, il conflitto può essere sollevato dalla pubblica amministrazione "in ogni stato e grado del processo" ma "finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato".>>. Con sent. n. 12641/2008, le SS.UU. hanno deciso che la controversia interna (relativa all'impugnazione davanti al giudice amministrativo di un d.m. di revoca di un aiuto di Stato ritenuto legittimo dalla Corte d'Appello di Roma, ma contrastante con una decisione della Commissione CE) che ha dato origine alla sentenza "Lucchini", verte su diritti soggettivi, dovendosi intendere la revoca del finanziamento o come esulante dai poteri dell'amministrazione, nel caso si reputasse prevalente la regola dell'intangibilità del giudicato, oppure come comportamento necessitato, ove si reputasse prevalente il dovere di rispettare i vincoli comunitari, con conseguente obbligo di disapplicazione di eventuali norme interne contrastanti con i vincoli medesimi.

Nella recentissima sentenza del 3 settembre 2009, in C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), la seconda Sez. della Corte comunitaria è stata investita dalla Cassazione (ord. 10 ottobre 2007) di questione relativa al giudicato esterno in materia tributaria, in base al quale quando l'accertamento consacrato nella sentenza definitiva concerna un punto fondamentale comune ad altre cause, esplica, rispetto a questo, efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta. Nella specie il giudicato su altra annualità di imposta avrebbe impedito di considerare norme comunitarie in materia di pratiche abusive riguardanti l'IVA, e la Corte comunitaria ha concluso per la non applicazione dell'art. 2909, poiché il giudicato esterno avrebbe la conseguenza che, "laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione" sicché "ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività".

Diversamente da CERULLI, R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali, relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009, testo provvisorio*, ricostruisce la fattispecie "Lucchini" come conflitto di attribuzioni tra istituzioni comunitarie e giudice nazionale, con applicazione analogica dell'art. 39.2 della cit. l. 87 del 1953. L'affermazione che in "LUCCHINI" vi sia stato un abuso

Diversa è la questione della modifica normativa nella pendenza del processo, che la Cass., (ord. 402/2006) pone -, a proposito di norme che diminuivano retroattivamente l'indennità di espropriazione - con riferimento al nuovo testo dell'art. 111 Cost. *“che negli ideali del giusto processo incarna la lealtà che alla parte in giudizio e' dato attendersi dal sistema, senza che le vengano mutate le regole in corso”*, in termini cui il processo amministrativo non sembra potersi sottrarre.

Si veda, in senso per vari aspetti divergente, Cons. St. n. 1559/2004¹⁰, relativa ad una controversia tra un comune e la Regione Puglia, in relazione all'approvazione, da parte di quest'ultima, con delibera, del nuovo piano sanitario che prevedeva la disattivazione di alcune unità ospedaliere, di cui una servente il comune ricorrente.

La Regione, nelle more del giudizio di I grado, aveva approvato una legge-provvedimento di contenuto analogo al piano sanitario, ottenendo dal TAR Puglia una decisione di improcedibilità.

Il comune ricorrente in appello lamentava, tra l'altro, la *“legificazione dell'atto amministrativo”* quale lesiva del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale e chiedeva di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., o di disapplicare la legge regionale per violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU, nonché sulla base della diretta applicabilità del conforme principio comunitario del diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale.

Il Cons. St. ha rigettato il ricorso, osservando che il diritto della CEDU, attuata in Italia con un ordine di esecuzione adottato con legge ordinaria, di per sé non può fungere da parametro di costituzionalità di una legge interna e non consente la disapplicazione, ad opera del giudice, del diritto interno con esso incompatibile. Il diritto comunitario in materia di diritti fondamentali, pure invocato dal ricorrente, in particolare il diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale, viene dal Consiglio di Stato ritenuto non vincolante nella specie, in quanto applicabile con esclusivo riferimento alla tutela giurisdizionale dei soli diritti di derivazione comunitaria.

La successiva giurisprudenza della Corte Costituzionale (nn. 348 e 349 del 2007) si è mossa, come noto, in senso diverso per quanto riguarda la rilevanza delle sentenze della Corte EDU.

Riteniamo pertanto che, se investito oggi della questione risolta con la sentenza 1559/2004 cit., il Consiglio di Stato potrebbe affrontare il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale senza risolverlo *in limine* con considerazioni attinenti al rango delle norme CEDU.¹¹

La citata Corte Cost. n. 348 ha invece assorbito nell'accoglimento delle altre la questione sollevata nell'ordinanza 402/2006 dalla Cassazione che, con riferimento agli artt. 111 e 117 Cost. affermava

del giudicato CAPONI, p., 108, sicché *“La sentenza della Corte di giustizia è un colpo di ramazza con cui ci si libera dalla sporczia che nemmeno il giudicato riesce a coprire”*, p. 109, ci induce, pur trattandosi di sentenza e non di legge, ma, con CAPONI, cit., p. 40 e 41, in qualche misura, di rapporto tra *“l'effetto accertato in giudizio e l'effetto sorto dall'evento sopravvenuto”* a richiamare QUADRI, Applicazione della legge in generale in *Commentario Scialoja Branca*, 1974, Art. 11, cit., p. 166, che cita l'aforisma XLVIII di Bacone, che considerava legittimo che *“in casibus fraudis et evasionis dolosae, leges retrospectant, alterae alteris in subsidiis sint”*.

¹⁰ La sentenza è commentata da F. BILANCIA *“I diritti fondamentali e la loro effettività”*, in Atti del Convegno su *“Costituzione europea, costituzione economica, allargamento”*, Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, 22-23 aprile 2005, in termini critici, poiché dimostra *“una visione formale del rapporto tra atti amministrativi, leggi e diritti individuali poco attenta al diverso impianto concettuale che vede nella effettiva partecipazione del singolo al procedimento (o al processo) e nella efficacia degli strumenti legali a sua disposizione l'essenza stessa della garanzia dei diritti sostanziali.”*

¹¹ Con riferimento alla legge 69/2009, delega per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, P. QUINTO, Il nuovo processo amministrativo: la doppia delega, i due articoli 44 e l'elogio della brevità, in www.giustizia-amministrativa.it, osserva che se è vero che l'art. 44, comma 1 *“fa espresso riferimento alla giurisprudenza delle «giurisdizioni superiori»*, non è pensabile che la riforma del processo amministrativo possa disattendere i principi della CGCE e della CEDU, considerato il richiamo dell'art. 117 Cost. al diritto comunitario.”

che la Corte EDU “*dava per scontato l'obbligo, da parte del giudice nazionale, di non applicare una legge dello Stato sopravvenuta all'inizio della lite ed espressamente applicabile ai giudizi in corso, quando invece doveva applicarsi la disciplina previgente*”)¹².

Sul punto, v. di recente Corte EDU, in causa Bortesi c. Italia, 10.6.2008, in base alla quale, se in linea di principio non è vietato al potere legislativo regolamentare la materia civile con nuove disposizioni aventi effetto retroattivo, i diritti derivanti dalle leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo di cui all'articolo 6 della Convenzione si oppongono, salvo ragioni imperiose di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la conclusione giudiziaria della controversia.

c) L'emergere dei diritti: limiti alla legge ed all'amministrazione; il risarcimento del danno.

In questo quadro, ci sembra che il tema dei limiti all'esercizio del potere amministrativo derivanti dallo svolgimento della funzione giurisdizionale attenga allo studio, oltre che del diritto processuale civile e del diritto costituzionale, anche del diritto amministrativo. Questo sia se si dovessero, in conclusione, “importare” in qualche misura, dalla disciplina del processo civile (o da principi costituzionali o costituzionalmente rilevanti) regole o indicazioni aventi in ultima analisi l'effetto di circoscrivere l'ampiezza nella quale si ritiene dispiegabile il potere amministrativo dopo il giudicato amministrativo; sia se, al contrario, si negasse la rilevanza di tali regole e principi.

Si giungerebbe, infatti, o ad un'accezione meno ampia del potere amministrativo, eventualmente modificando, in qualche misura, la visione del processo amministrativo e delle utilità che esso può conferire, ovvero alla conferma, nonostante gli elementi addotti, o meglio, alla luce di essi, dell'attuale ricostruzione dei rapporti tra potere pubblico e funzione giurisdizionale.

Tali questioni sono per diversi aspetti non nuove.

Da un lato, infatti, esse sono riferibili - oltre che all'art. 6 Conv. EDU ed al principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., per il tramite ora dell'art. 117 - già all'art. 24 Cost.: questo, in sintesi estrema, prevede l'azione in giudizio come strumento di tutela di situazioni giuridiche soggettive, che quindi parrebbero preesistenti al giudizio stesso, la cui funzione è di fornire per esse protezione.

Dall'altro, e prima, la tematica dell'azione in giudizio è stata approfondita da Chiovenda, per il quale, come noto, “*la sentenza che accoglie la domanda deve attuare la legge come se ciò*

¹² Sulla modifica di norme dopo l'avvio del giudizio, con riferimento all'art. 25 Cost., v. per es. Corte Cost. n. 237/2007 (conf. n. 463/2007), riguardante disciplina processuale applicabile «anche ai processi in corso», che comporta lo spostamento di competenza, in favore del TAR del Lazio, delle controversie sulla legittimità delle ordinanze e dei consequenziali provvedimenti commissariali adottati in «tutte» le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile). (art. 3, commi 2-bis, 2-ter e 2-quater del d. l. 30 novembre 2005, n. 245 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dei rifiuti nella regione Campania ed ulteriori disposizioni in materia di protezione civile), commi aggiunti dalla relativa legge di conversione 27 gennaio 2006, n. 21; l'applicabilità ai processi in corso è prescritta, in particolare, dal comma 2-quater). Secondo la Corte, che ex multis richiama n. 460 del 1994, rientrerebbe nell'insindacabile potere di merito del legislatore cambiare il giudice dei processi iniziati, purché la modifica sia diretta non esclusivamente ai processi in corso, ma abbia carattere generale. A ns. avviso appare così sacrificato il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, che l'art. 5 c.p.c. riferisce sia alla giurisdizione sia alla competenza, volto, secondo Chiovenda, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, nota a Cass. di Roma, SS.UU., 7 marzo 1921, ora in *Saggi di diritto processuale civile, volume I, 1894-1937*, Milano 1993, p. 271 ss., ad evitare “*per quanto è possibile, che la necessità di servirsi del processo per la difesa del diritto torni a danno di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio per chieder ragione*”, ed è troppo riduttivamente letta, nell'art. 25 Cost., l'espressione “*precostituito per legge*”.

avvenisse al momento della domanda giudiziale; la durata del processo non deve andare a detrimento dell'attore".¹³

Né dà atto invero il Consiglio di Stato, nel primo caso citato, a.p. 1/1986, che nel sintetizzare le conclusioni di parte, quasi ricalca le parole di Chiovenda: *"Da un lato, si invoca il principio di effettività della tutela giurisdizionale, del quale si ritiene essere una componente essenziale la regola secondo cui gli effetti della sentenza di accoglimento prendono data dalla proposizione della domanda, affinché la durata del processo non si risolva in un sacrificio della posizione sostanziale del ricorrente"*.

Per parte nostra, osserviamo che il pensiero dell'Autore sembra poter comprendere anche la questione del mutamento in corso di giudizio delle norme materiali applicabili, ma, a ben guardare, esso non include tale questione tra quelle da risolvere con il principio dell'integrità della *res in iudicium deducta*.

Lo indica lo stesso Chiovenda¹⁴, secondo il quale finché il processo è pendente non è ammissibile che il giudice adotti ed applichi una interpretazione di legge diversa da quella a lui imposta dalla legge vigente (p. 279), riportando la divergente opinione di Cammeo,¹⁵ che affermava la resistenza della preclusione alla legge interpretativa sopraggiunta.

La questione è simile, per vari aspetti, a quelle che ci riguardano, sia per quanto attiene al dovere dell'Amministrazione di rispettare la norma vigente anche nei confronti di quella applicata dal giudice nella sentenza passata in giudicato, sia per quanto attiene al mutamento normativo durante la pendenza del processo.

Per inquadrare tale questione delle leggi interpretative si deve tener presente che, a differenza del testo della Costituzione, lo Statuto Albertino esplicitamente prevedeva *"L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo."* (art. 73).

Ai nostri fini considereremo il rapporto tra processo e diritto sopravvenuto nel presupposto che il più contenga il meno, muovendo dall'idea che siano in principio applicabili al potere amministrativo, quindi anche alla normazione secondaria ovvero agli atti normativi generali, i limiti che nei confronti delle sentenze e dei giudizi si impongono alla legge. Salvo poi verificare se la peculiarità del potere amministrativo non consenta, in alcuni casi, di provvedere anche quando, per rispetto del giudicato, con legge non si potrebbe disporre.

Sulle leggi interpretative la più chiara opinione critica, pur, come vedremo, senza chiusure rigide, ci appare quella che ritiene *"grave errore il supporre che la potestas legiferandi comprenda, quasi a fortiori, anche nello Stato moderno, la potestas interpretandi"*.¹⁶

Tale rilievo scolpisce in prospettiva storica la progressiva erosione della sovranità ed il correlato emergere di diritti in campi che in precedenza si ritenevano riservati al potere pubblico, *superiorem non recognoscens*, ed appare attuale anche con riferimento a recenti decisioni in materia della Corte Costituzionale, che, come noto, in principio ammette le leggi interpretative, riservandosi di controllarne la ragionevolezza.¹⁷

¹³ CHIOVENDA, Principii di diritto processuale civile, Napoli 1923, p. 137.

¹⁴ CHIOVENDA, Cosa giudicata e preclusione; ora in *Saggi di diritto processuale*, II, 1993, p. 231 ss., 276 ss..

¹⁵ CAMMEO, L'interpretazione autentica, in *Giur. It.*, 1907, p. 305 ss..

¹⁶ QUADRI, Applicazione della legge in generale, in *Commentario Scialoja Branca*, 1974, Art. 11, p. 36 ss.

¹⁷ V. ad es. la sentenza n. 234/2007, secondo la quale, tra l'altro, la funzione giurisdizionale, *"opera su un piano diverso rispetto a quello del potere legislativo di interpretazione autentica (si vedano le sentenze numeri 341 e 26 del 2003)*.

Non è configurabile, infatti, a favore del giudice, pur nel rispetto delle proprie prerogative, una esclusività dell'esercizio dell'attività ermeneutica che possa precludere quella spettante al legislatore, in quanto l'attribuzione per legge ad una norma di un determinato significato non lede la potestas iudicandi, ma definisce e delimita la fattispecie normativa che è oggetto della potestas medesima."

In quest'ordine di idee, per giungere ad un risultato equilibrato, va considerato anche il risarcimento del danno da attività amministrativa, nel caso in cui successivamente al giudicato amministrativo vi siano modifiche della disciplina secondaria (segnatamente regolamentari o di atti generali) che contrastino con quanto deciso in sentenza.¹⁸

In altri termini, se da un lato si può comprendere l'esigenza di non cristallizzare in termini troppo rigidi l'esercizio del potere pubblico sulle risultanze del giudizio ormai concluso, dall'altro parrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost. - e con il principio in base al quale la durata del processo non deve danneggiare la parte - non soddisfare per equivalente¹⁹ la situazione giuridica

Non si può dar conto qui, se non indirettamente, dell'amplissima letteratura in materia, sulla quale, in relazione al connesso e centrale problema della retroattività delle leggi, v. M. LUCIANI, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in *Giur. It.*, 2007, 1825 ss., (1835); l'A., pur riferendo i perduranti contrasti della dottrina sul punto, ritiene, sostanzialmente in linea con l'orientamento della Corte "*assai dubbio che la Costituzione definisca una vera e propria riserva di giurisdizione di fronte alla legislazione*". La questione è collegata a quella più generale del rapporto tra legge e giudice su cui v. per una prospettiva storica di grande ricchezza e profondità GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale, Gli articoli da 1 a 15*, in *Tr. Rescigno*, p. 379 ss., spec. p. 442-3; A. DE NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce, 2002. P. de LISE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, afferma che le leggi-provvedimento trovano, nella giurisprudenza costituzionale e in quella amministrativa, un avallo ingiustificato.

Cfr., Cass., SS.UU., 28.7.1947, che (prescindendo qui dai profili più strettamente inerenti ai limiti della potestà legislativa del Governo durante il periodo di temporanea mancanza degli organi parlamentari) rilevata la "*violazione del fondamentale principio della divisione e coordinazione dei sommi poteri dello Stato*", " ha ritenuto illegittimo il capoverso del d. lgs. 22.6.1946, n.44, che convalidava e ratificava a tutti gli effetti, con vigore retroattivo dalla data di emanazione, le disposizioni del d.m. 26.7.1944, sulla ripartizione dei prezzi di ammasso, ritenute illegittime da "*molteplici pronunzia conformi, culminate in quella di questa Suprema Corte a Sezioni unite, portante la data 2-25 maggio 1946 ...*", in *Rivista di diritto processuale*, 1947, II, con nota di F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere legislativo*, p. 193 ss., per il quale il caso è di sommo interesse per la chiarezza con la quale presenta "*il conflitto tra potere legislativo da una parte e potere amministrativo o giudiziario dall'altro*".

¹⁸ F. SATTA, Giustizia amministrativa, 1993, p. 472, definisce inaccettabile sul piano della giustizia, benché inevitabile sul piano del processo e del procedimento amministrativo, che eventi sopravvenuti, tra cui le norme, possano "*vanificare la portata concreta del giudicato...*" e per assicurare comunque effettività al giudicato amministrativo pone il problema in termini di risarcimento del danno (p. 473 ss.).

F. CARINGELLA, Il giudicato, in *Manuale di giustizia amministrativa* cit., affermato che il risarcimento del danno può coprire la mancata tutela specifica delle ragioni del ricorrente vittorioso, e che occorre verificare sino a quando le sopravvenienze possano contrapporsi all'esito favorevole raggiunto dal privato in giudizio, tanto da tradursi in un danno irreversibile, rileva che "*La contrapposizione tra effettività della tutela del privato e preminenza dell'interesse pubblico è stata salomonicamente ricomposta*" dall'a.p. n. 1/86, considerata all'inizio del testo.

La legge n. 88/2009, contenente la delega al Governo per recepire le direttive comunitarie sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici, come evidenzia QUITO, op. cit., riconosce "*al «giudice che annulla l'aggiudicazione» «la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato» (art. 44, comma 3, lettera h), n.3, della legge n. 88 del 2009).*" La norma prevede cioè il risarcimento nei casi in cui, in ragione delle concrete circostanze, il giudice ritenga di non privare di effetti il contratto nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione.

¹⁹ L'orientamento favorevole alla c.d. "pregiudiziale amministrativa" scorge nella proposizione e coltivazione dell'azione di annullamento un fattore che avrebbe potuto eliminare il danno o ridurne l'entità (Cfr. M. CORRADINO, Sulla pregiudiziale Amministrativa, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007, che in proposito cita CGA sez. giur. 18.5.2007 n. 386): ci sembrerebbe conseguente riconoscere, a fronte di un accertamento definitivo dell'illegittimità dell'azione amm.va, il danno nella sua interezza. CORRADINO si basa sulla cit. Corte Cost. 204/2004 per affermare che il risarcimento del danno sarebbe <<soltanto>> "*uno strumento di tutela ulteriore.*", ossia "*strumento di <<completamento>> della tutela che - principaliter - si esplica mediante l'annullamento*". Ciò può condividersi se si intende che la tutela sia integrata dal risarcimento nei casi in cui il solo annullamento si riveli insufficiente, ma l'orientamento in qualche misura restrittivo espresso dall'A. ci sembra possa essere oggetto di discussione. Roberto CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa* (tratto da R. CHIEPPA - V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2007), in www.giustizia-amministrativa.it, afferma che nell'ipotesi in cui il mutamento degli strumenti

definitivamente accertata²⁰, anche per quanto affermato dalla Consulta con riferimento alla tutela risarcitoria nella sent. 204/2004.

“Il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione” ... “L’attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell’art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri.

Conclusioni

Riassumendo, riteniamo non condivisibile, perché contrastante con gli artt. 24, nonché (ora) 111 e 117 Cost., la giurisprudenza secondo la quale le variazioni normative anteriori alla notifica della sentenza passata in giudicato prevalgono sul contenuto di questa.

Occorre invece riconoscere, anche in tali casi, la prevalenza del giudicato, poiché altrimenti si svuota la stessa funzione del processo, in quanto il mutamento delle regole vanifica l’esito del giudizio definito (e spesso, indicano gli esempi, ciò è favorito dalla durata del processo).

La mancata attuazione della sentenza può ammettersi in via eccezionale, e solo a fronte del pagamento dell’equivalente pecuniario di ciò che sarebbe spettato alla parte vittoriosa nel merito.

Riteniamo di non dover accennare in questa sede quali siano tali casi, riservando la questione, e ciò che attiene al mutamento delle regole in corso di giudizio, ad eventuale ulteriore trattazione.

Questa lettura potrebbe apparire limitante, e non corrispondente alla preminenza riconosciuta al pubblico interesse.

Ci sembra, però, che da questa prospettiva possa emergere un’azione amministrativa più attenta alle diverse variabili in gioco, ai diversi interessi coinvolti, *ab initio* meglio ponderata, e quindi tenuta a corrispondere l’equivalente pecuniario in diversi casi in cui l’utilità riconosciuta dal giudice non venga conseguita dall’interessato a causa della regolazione sopravvenuta.

Per concludere osserviamo che il tentativo di riflessione è complicato dalla molteplicità, se non di ordinamenti, di regole; la loro applicazione spetta ad una pluralità di giudici, interni, comunitari e internazionali, i rapporti tra le cui decisioni non sono sempre ordinabili in sistema. C’è però da chiedersi se il ns. ordinamento non abbia eccessivamente confidato nell’onnipotenza del legislatore, al punto che le sollecitazioni cui esso è oggi sottoposto in qualche misura tendano a “normalizzarlo”, imponendo un recupero del ruolo di principi non scritti.²¹

urbanistici non consenta più l'intervento edilizio” *il danno può essere quantificato avuto riguardo alla differenza di valore tra il terreno edificato e il terreno non edificabile, detratti gli ipotetici costi di costruzione dell'immobile*”; in materia di aggiudicazione di appalti l’A. ammette peraltro, con effetto parzialmente diverso, la *“possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale, del giudicato”*.

²⁰ Da diverso profilo, considera soddisfatta l’effettività della tutela se si riconosce che il giudice dell’ottemperanza può decidere nel merito il ricorso proposto anche per la parte concernente il nuovo motivo addotto dall’Amministrazione E. CANNADA-BARTOLI, *Specialità del giudizio di ottemperanza*, in *Giur. It.* 1999, 2414, in nota a Cons. St. 134 del 1999, che ha affermato che dopo un giudicato di annullamento, nel provvedere di nuovo, la p.a. deve valutare l’affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, non potendo in seguito decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati.

²¹ La molteplicità di regole scritte può risultare in contrasto con l’esigenza di certezza del diritto, e portare a chiedersi, con GIULIANI, *Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 1-15*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1999 p. 388, che in ciò vede il verificarsi di una profezia del Savigny (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, Torino, 1886, I, 182) se il legislatore che non operi con materiali storici e non sia subordinato alla scienza non determini - contro ed al di là delle sue intenzioni - l’aumento dei poteri del giudice, il suo arbitrio.